



CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA – UniCEUB
FACULDADE DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS – FAJS
CURSO DE DIREITO

CHRYSTIAN REIS DE FIGUEIREDO

**A LEI DE ACESSO À INFORMAÇÃO: A DIVULGAÇÃO, EM SÍTIO
ELETRÔNICO OFICIAL, DA REMUNERAÇÃO DOS SERVIDORES
PÚBLICOS.**

Uma necessária ponderação entre princípios constitucionais.

Brasília/2013

CHRYSTIAN REIS DE FIGUEIREDO

**A LEI DE ACESSO À INFORMAÇÃO: A DIVULGAÇÃO, EM SÍTIO
ELETRÔNICO OFICIAL, DA REMUNERAÇÃO DOS SERVIDORES
PÚBLICOS.**

Uma necessária ponderação entre princípios constitucionais.

Monografia apresentada à Faculdade de Ciências
Jurídicas e Sociais do Centro Universitário de Brasília –
UniCEUB como requisito parcial à obtenção do título de
bacharel em Direito.

Professor orientador: Dr. Carlos Bastide Horbach.

Brasília/2013

AGRADECIMENTOS

A Deus, em primeiro lugar, pelas oportunidades vividas a cada dia;

À minha família, pelo estímulo diário aos estudos e pela paciência em se ver desprovida de minha presença, em virtude das horas infindáveis de dedicação a este trabalho;

Ao meu pai, Armindo, que me ilumina com sua sabedoria e me faz ter sede pelo conhecimento;

À minha mãe, Waldete, pela dedicação à família e, sobretudo, aos seus filhos, que muito estima e ama;

À minha irmã, Glennda, que, na doçura de sua tenra juventude, também se esforça em seu curso de Ciência Política, o que me enaltece e me faz querer crescer a cada dia;

Ao meu irmão, Dener, que me faz acreditar na bondade piedosa do ser humano;

À minha amada namorada, Monique Sampaio, futura esposa, que, com muito carinho e dedicação, tornou-se crítica do presente trabalho, fazendo com que este se fizesse possível;

Ao professor Dr. Carlos Bastide Horbach, que, de coração aberto, aceitou-me como orientando;

Ao corpo docente do UniCEUB, pela dedicação à formação intelectual de todos os alunos que por lá estiveram;

A todos os colegas de faculdade, pelo companheirismo durante a minha trajetória acadêmica

e pelas informações relevantes ao aperfeiçoamento desta monografia.

RESUMO

A Constituição da República Federativa de 1988 trouxe, em seu bojo, uma série de direitos e garantias fundamentais, entre eles o direito à intimidade e o dever de informação. De um lado, há o direito fundamental à intimidade e à vida privada, previsto no artigo 5º, inciso X; de outro, o direito de todos de acesso à informação, preconizado no inciso XIV do mesmo artigo, bem como o de receber dos órgãos públicos informações de interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral (inciso XXXIII). Objetivando-se dar maior eficácia ao princípio constitucional da publicidade e mais transparência aos atos públicos, foi editada a Lei n. 12.527/2011 (Lei de Acesso à Informação – LAI), posteriormente regulamentada pelo Decreto n. 7.724/2012, a qual veio dispor, em âmbito nacional, sobre o direito de acesso dos cidadãos a informações públicas. A partir daí, surgiram alguns questionamentos jurídico-constitucionais, em especial sobre a obrigatoriedade da divulgação, em sítios na internet, da remuneração e subsídio recebido por ocupantes de cargo, posto, graduação, função e emprego público, incluindo auxílios, ajudas de custo, *jetons* e quaisquer outras vantagens pecuniárias, bem como proventos de aposentadoria e pensões daqueles que estiverem na ativa, de maneira individualizada. A ideia central da presente pesquisa é a de como se conciliar, no caso, o direito à intimidade e o direito de acesso à informação, perquirindo se o decreto, nesse particular, seria ou não constitucional.

PALAVRAS-CHAVE: TRANSPARÊNCIA. LEI DE ACESSO À INFORMAÇÃO. PUBLICAÇÃO. CONTRACHEQUE. INTERNET. INTIMIDADE. (IN)CONSTITUCIONALIDADE.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	5
1 A FERTILIZAÇÃO PARA O ACESSO À INFORMAÇÃO – PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS.....	7
1.1 O princípio do Estado Democrático	8
1.2 O princípio republicano.....	12
1.3 O princípio da transparência.....	15
1.4 O direito de acesso à informação	17
2 OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS LIMITADORES DO AMPLO ACESSO À INFORMAÇÃO	23
2.1 O princípio da privacidade	23
2.2 O princípio da inviolabilidade de dados	28
2.2.1 Sigilo bancário	31
2.2.2 Sigilo fiscal.....	33
3 A REGULAMENTAÇÃO DO DIREITO DE ACESSO À INFORMAÇÃO	36
3.1 Breve histórico da regulamentação do direito de acesso à informação no Brasil.....	37
3.2 O poder regulamentar e o Decreto n. 7.724/2012.....	38
3.3 A divulgação nominal dos contracheques dos servidores públicos federais em sítios na internet.....	42
4 A COLISÃO ENTRE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS – PONDERAÇÃO NECESSÁRIA	46
4.1 Princípios e regras – uma análise sob a perspectiva de Robert Alexy	46
4.1.1 A Lei de Colisão.....	47
4.2 Princípios e regras – uma análise sob a perspectiva de Ronald Dworkin	50
4.2.1 A Dimensão do peso e aplicação disjuntiva	50
4.3 Princípio da proporcionalidade	52
4.4 Colisão entre o acesso à informação e o direito à privacidade	53
CONCLUSÃO	65
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	67

INTRODUÇÃO

Em novembro de 2011, foi sancionada a Lei n. 12.527 (Lei de Acesso à Informação), que, com o intuito de dar mais transparência aos atos públicos, veio a regulamentar o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do artigo 5º, no inciso II do § 3º do artigo 37 e no § 2º do artigo 216, todos da Constituição da República. Posteriormente, foi editado o Decreto n. 7.724/2012, que regulamenta, “no âmbito do Poder Executivo federal, os procedimentos para a garantia do acesso à informação e para a classificação de informações sob restrição de acesso” (artigo 1º).

Assim, como forma de transparência ativa, o decreto estabeleceu aos órgãos e entidades públicas a obrigatoriedade da divulgação, em sítios na internet, da remuneração e subsídio recebido por ocupantes de cargo, posto, graduação, função e emprego público, incluindo auxílios, ajudas de custo, *jetons* e quaisquer outras vantagens pecuniárias, bem como proventos de aposentadoria e pensões daqueles que estiverem na ativa, de maneira individualizada.

A partir daí, surgiram alguns questionamentos jurídicos, em especial sobre como se conciliar princípios constitucionais basilares, tais como o da vida privada, da intimidade e da inviolabilidade de sigilo, de um lado e, de outro, o direito de todos de acesso à informação, bem como o de receber dos órgãos públicos informações de interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral. Essas discussões serão o cerne da presente pesquisa.

No primeiro capítulo, serão abordados os princípios constitucionais que fertilizaram o campo para a regulamentação do acesso a informações e para uma maior transparência aos atos da Administração Pública, como o princípio do Estado Democrático, o princípio republicano, o princípio da transparência e o direito de acesso à informação.

No segundo capítulo, serão estudados os princípios constitucionais que, à primeira vista, se contrapõem ao amplo acesso à informação, como o da privacidade, o da inviolabilidade de dados (tanto no que concerne ao sigilo bancário,

quanto no que diz respeito ao sigilo fiscal).

Na sequência, já no terceiro capítulo, a pesquisa abordará especificamente a regulamentação do direito à informação, trazendo um breve histórico da regulamentação do direito de acesso à informação no Brasil até se chegar ao Decreto n. 7.724/2012, o qual trouxe, especificamente, a obrigatoriedade de divulgação nominal dos contracheques dos servidores públicos federais em sítios na internet.

No último capítulo, será finalmente analisada, à luz das perspectivas de Robert Alexy e Ronald Dworkin, a aparente colisão entre o direito de acesso à informação e o direito à intimidade e à vida privada, apresentando-se, com enfoque especialmente no princípio da proporcionalidade e como melhor solução para o confronto, a harmonização (ponderação) entre essas normas com pesos equivalentes.

Por fim, como considerações finais, embora sem a pretensão de esgotar as discussões acerca do tema, será analisado se a divulgação dos nomes dos servidores com os respectivos vencimentos possui efetivamente uma finalidade pública e se seria possível garantir a todos os cidadãos o acesso a informações de caráter público sem, necessariamente, sacrificar-se o direito individual à intimidade e à privacidade.

1 A FERTILIZAÇÃO PARA O ACESSO À INFORMAÇÃO – PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

A palavra *princípio* tem várias acepções, sendo que, no ordenamento jurídico brasileiro, tem sido entendida como núcleo de condensação, mandamentos nucleares, disposições fundamentais.¹

Basicamente, os princípios têm como funções: a) servir de base para a orientação teleológica do legislador – mormente na confecção das leis infraconstitucionais, na proposição de emendas constitucionais; b) servir de base para a orientação teleológica da própria Administração Pública, com o intuito de se expedir atos normativos e atos administrativos; c) servir de alinhamento da interpretação de regras constitucionais e infraconstitucionais; d) servir como integração no caso de existência de lacunas nas leis.²

Assim, torna-se imprescindível o conhecimento e o manuseio dos princípios existentes no ordenamento jurídico, a fim de se avaliar a juridicidade das leis exaradas pelo Poder Legislativo, bem como a execução dos atos por parte do Executivo.

Pode-se afirmar que os princípios são o mote mais relevante dentro de um sistema jurídico, irradiando-se por diferentes normas, definindo, assim, a lógica e a racionalidade de todo esse conjunto normativo. Isso ocorre essencialmente por meio da harmonia que emprega, com a finalidade principal de se estabelecer os fins a serem perseguidos. Enquanto as regras constituem normas de conduta, os princípios dizem respeito a normas finalísticas que estabelecem os fins devidos.

¹ LEONARDI, Marcel. **Tutela e privacidade na internet**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 98.

² MARRARA, Thiago (Org.). **Princípios de Direito Administrativo**: Legalidade, segurança jurídica, impessoalidade, publicidade, motivação, eficiência, moralidade, razoabilidade, interesse público. São Paulo. Atlas: 2012. p. 16-17.

Conforme anota J. J. Gomes Canotilho, norma jurídica seria gênero do qual são espécies os princípios jurídicos e as regras jurídicas.³ Portanto, regras e princípios são espécies de norma; todavia, os princípios gozam de um nível maior de abstração, de menor determinabilidade. Segundo o referido autor, “princípios estruturantes, subprincípios e regras formam a constituição, mantendo diferentes graus de concretização”.

As regras definem estados ou fatos, já os princípios trazem em si os valores que servem de esteio para a existência das regras, sendo que os princípios não detêm a capacidade de descreverem situações jurídicas específicas. Josef Esser considera que “um princípio jurídico não é um preceito jurídico, nem uma norma jurídica em sentido técnico, porquanto não contém nenhuma instrução vinculante de tipo imediato para um determinado campo de questões (...)”.⁴

Nota-se, assim, a função primordial que esses elementos possuem no ordenamento jurídico como um todo, sendo imperioso salientar que alguns deles estruturam a existência do Estado, bem como “fertilizam” o campo para o aparecimento de leis, como a Lei de Acesso à Informação, objeto do presente estudo.

1.1 O princípio do Estado Democrático

Cinco séculos aproximadamente antes da era cristã, surgiu uma das maiores transformações existentes no curso da história, mais emblemática que a própria criação da roda ou, ainda, que a descoberta do “Novo Mundo”, qual seja, a mudança de pensamento e das instituições políticas na Grécia, de forma que seus cidadãos passaram a participar efetivamente da vida política de suas cidades-estados.

³ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 1124.

⁴ ESSER, Josef. **Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado**. Barcelona: Bosch, 1961, p. 65.

Isso significou, em outras palavras, que, em determinados lugares – até então dirigidos por tiranos, aristocratas e pela oligarquia dominante –, os homens adultos e livres passaram a ter o direito de interferir, como cidadãos, diretamente no governo.

Essa dinâmica perdura até hoje, sendo o núcleo das ideias democráticas modernas.⁵

Não obstante, a democracia, sob a perspectiva grega, não guarda muita relação com o que posteriormente se veio a entender por democracia. Aristóteles, por exemplo, não gostava do poder que a democracia conferia aos pobres; Platão, por seu turno, concebia a ideia de que a democracia traduzia-se, na verdade, em um governo dos ineptos, defendendo um sistema de governo que fosse exercido pelos mais qualificados. Todavia, não restam dúvidas de que, para todos eles, a democracia envolvia, necessariamente, a concepção de igualdade como pano de fundo e base para a sua existência.⁶

Em meados do século V a.C., na medida em que o povo (*demos*) se firmava como autoridade maior e legítima no governo, o termo “democracia” ganhava espaço e se constituía como o mais apropriado para o momento.

Anteriormente à solidificação do termo “democracia”, os atenienses já se referiam a noções de igualdade como uma característica recomendável de seu sistema político. Usavam a palavra *isagoria*, que significava “a igualdade de todos os cidadãos no direito de falar na assembleia de governo”, e *isonomia*, que designava a igualdade perante a lei.⁷

No decorrer do processo histórico, segundo anota Fábio S. Costa, pode-se dividir a democracia, como regime de governo, em três vertentes: Democracia Antiga, Democracia Moderna e Democracia Contemporânea.⁸

⁵ DAHL, Robert A. **A democracia e seus críticos**. Trad. Patrícia de Freitas Ribeiro. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012, p. 18-29.

⁶ Ibidem, p. 18-19.

⁷ Ibidem, p. 19.

⁸ COSTA, Fábio S. **Estado, Direito e Sociedade**. Perspectivas para uma Teoria Republicana Brasileira. Curitiba: Juruá, 2010, p. 91-92.

Na Democracia Antiga, correspondente ao já mencionado regime grego, tem-se um modelo de democracia primária, instituído com base em três postulados, quais sejam, isotimia (abolição de diferença de títulos e funções hereditárias), isagoria (direito à palavra nas assembleias) e isonomia (igualdade de todos perante a lei).

No que se refere à Democracia Moderna, Fábio S. Costa explica que ela diz respeito a um conglomerado de acontecimentos, uma combinação de fatos históricos que acabaram gerando efeitos na organização política dos Estados, tendo recebido influência de pensadores como Locke, Rousseau e Montesquieu.

Já a Democracia Contemporânea constitui-se na chamada democracia semidireta ou participativa, ou seja, a despeito da manutenção da figura da representatividade, há meios por meio dos quais o povo participa ativamente das decisões políticas, como, por exemplo, o plebiscito e o referendo.

Menelick de C. Netto considera que a democracia significa aquele regime que vivencia ou que se traduz na ideia de identidade entre governante e governado.⁹ David Held, por sua vez, afirma que “Democracia significa uma forma de governo na qual, em contraposição às monarquias e às aristocracias, o povo governa. A democracia implica um Estado em que existe alguma forma de igualdade política entre o povo”.¹⁰

Nesse sentido, pode-se definir democracia como um regime de governo, ancorado na soberania da maioria, que exerce o poder decisório com base em regras estabelecidas e pré-definidas pela ordem social. Essas regras, consoante assevera Menelick, podem ser compreendidas em dois campos, quais sejam, as regras intraestatais e as regras interestatais. As primeiras regulam a atuação do Estado e sua relação com os órgãos estatais, já a segunda compreende a relação do poder público com a sociedade.¹¹

⁹ CARVALHO NETTO, Menelick. Controle de constitucionalidade e democracia. In: MAUÉS, Antônio G. Moreira (Org.). **Constituição e democracia**. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 217-235.

¹⁰ HELD, David. **Modelos de Democracia**. São Paulo: Paideia, s/d. p. 1.

¹¹ CARVALHO NETTO, Menelick. op. cit., p. 217-235.

Segundo Goyard-Fabre, a democracia não é apenas um regime político; antes, vem associada à ideia de liberdade, consoante a seguir descrito:

“A democracia sempre foi desejável. A esperança da liberdade é sua forma profunda e, como nenhum homem sensato pode racionalmente defender a servidão, ela está inscrita na essência da humanidade. Mas, em seu conjunto, a democracia é temível: para os povos bem como para os indivíduos é árduo assumi-la, porque a liberdade tem limites e esses limites, que são a indicação da imperfeição dos homens, são difíceis de traçar de modo duradouro (...). Ela faz parte do horizonte da natureza humana, ao mesmo tempo cheio de luz e carregado de nuvens. Porque ela é energia de uma ideia, ela é uma disposição reguladora rica em esperança; porque ela pertence a um contexto humano, está marcada por precariedade essencial. Entre o desejo de uma união harmônica e serena de homens livres e iguais e o peso de um individualismo que a ameaça ser anárquico, a democracia é, em sua própria essência, habitada por um déficit que é inerente à sua natureza e que se traduz por um estado de instabilidade e de crise que a ambivalência da natureza humana impõe a suas maiores obras. Ela se alimenta sempre das mais elevadas esperanças e ela é, sem trégua, minada pelas mais angustiantes crises; mas ela não é nem a utopia de Cidade do Sol, nem o mito do Inferno. Obra humana a ser sempre repensada e recomeçada, ela remete a condição humana, diante de toda a história, a seu sentido mais profundo e mais perturbador: sempre imperfeita, essa grande aventura humana é um fardo pesado de carregar.”¹²

Destarte, apesar das variações que o conceito de democracia vem sofrendo no decorrer dos séculos, constata-se que, na verdade, a sua ideia sempre se assentou, primordialmente, sobre os pilares da igualdade e da liberdade, servindo, pois, de mola propulsora não só para o aparecimento da liberdade de informação, como também para o seu pleno e integral desenvolvimento.

O princípio do Estado Democrático, estabelecido há alguns séculos, propiciou uma maior participação da sociedade na vida pública, o que, invariavelmente, contribuiu com a institucionalização do direito que tem essa sociedade de se informar acerca dos acontecimentos decorrentes da gestão do Estado.

¹² GOYARD-FABRE, Simone. **O que é Democracia?** Trad. Cláudia Berlinder. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 349.

1.2 O princípio republicano

Inicialmente, destaque-se que, em diversos ramos das ciências ditas humanas – quer no Direito, quer na Ciência Política –, encontram-se diversas expressões que possuem definições abstratas, confusas ou até mesmo incorretas. Quando se trata do termo “república”, inevitavelmente outras expressões adjacentes vêm à tona, como republicanismo e princípio republicano.

A noção de república remete a uma forma de organização administrativa do Estado, ao passo que o republicanismo diz respeito mais especificamente à maneira de como se age dentro dessa organização estatal, denotando, assim, uma figura mais atrelada à questão ética e cívica. É, pois, uma figura inerente à república.¹³

Fábio S. Costa registra que a burguesia foi a grande responsável pelo aparecimento do movimento republicano. Por coincidência, essa mesma classe socioeconômica foi responsável pela estruturação da monarquia na Europa.¹⁴

Geraldo Ataliba define república como “o regime político em que os exercentes de funções políticas (executiva e legislativa) representam o povo e decidem em seu nome, fazendo-o com responsabilidade, eletivamente e mediante mandatos renováveis periodicamente”.¹⁵

A partir de tal conceito, podem-se identificar os três pilares que estruturam a forma republicana de governo: a eletividade, a temporariedade e a responsabilidade.

A eletividade traz a ideia de maior participação popular na vida cotidiana do Estado, de maneira que, se não for possível fazer isso diretamente, o será por intermédio de seus representantes. Essa eletividade “é um limite formal-procedimental típico da forma republicana de governo, ou seja, corresponde ao

¹³ COSTA, Fábio S. **Estado, Direito e Sociedade**. Perspectivas para uma Teoria Republicana Brasileira. Curitiba: Juruá, 2010, p. 20.

¹⁴ Ibidem, p. 21.

¹⁵ ATALIBA, Geraldo. **República e Constituição**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 13.

modo pelo qual o cidadão exercita seu poder e determina quem exercerá funções públicas, sobretudo no legislativo e no executivo.”¹⁶

A periodicidade (ou temporariedade), por sua vez, remete à noção de rotatividade daqueles que exercem o poder e de necessidade de realização periódica de pleitos eleitorais, com o intuito de se fazer valer a alternância no poder.

Por fim, a responsabilidade veio a dinamitar a antiga prática da irresponsabilidade real, ou seja, de que o rei não era responsabilizado por nada. Por meio desse elemento, exige-se a prestação de contas por parte dos governantes, que se submetem integralmente às leis, sofrendo, assim, as consequências legais nos casos em que administram com fins escusos.

Da convergência lógica desses três elementos (eletividade, periodicidade e responsabilidade), tem-se o nascedouro do conceito de república como forma de governo.

Entrementes, não basta apenas a união dos dois conceitos anteriormente mencionados (república e republicanismo) para se entender essa forma de governo; faz-se necessário, ainda, delinear o princípio republicano.

Esse princípio trata-se, na verdade, de um supraprincípio constitucional, pareado a outros, como o da democracia, o do federalismo e o da tripartição de poderes. O princípio republicano exaure em seus termos tanto a forma de governo praticada (república), como conteúdo a ser exercitado em seu âmago (republicanismo). Assim, para Fábio S. Costa, o princípio ora em comento é, em essência, um “Símbolo áureo de uma conjuntura que dia após dia se firmou em bases sólidas até se configurar, de modo inexorável, em um princípio constitucional supremo dos Estados modernos que, efetivamente, encamparam a opção pelo regime democrático.”¹⁷

Conforme já salientado anteriormente, os princípios servem de base para o ordenamento jurídico, de modo que este deve extrair sua estrutura lógica a partir

¹⁶ COSTA, Fábio S. **Estado, Direito e Sociedade**. Perspectivas para uma Teoria Republicana Brasileira. Curitiba: Juruá, 2010, p. 24.

¹⁷ Ibidem, p. 26.

daqueles, não servindo tais princípios como reflexos do ordenamento jurídico. Nesse contexto, Fábio S. Costa leciona que “as leis devem enquadrar-se ao teor axioteológico do princípio do qual é tributária”.¹⁸

Nesse diapasão, deve-se observar que os princípios não assumem tão somente um caráter jus-hermêutico – de aplicação no âmbito do contencioso jurídico –, consubstanciando-se, também, em elementos que norteiam as atividades legislativas (a produção legislativa deve observar tal princípio) e administrativas (a atuação do Poder Executivo deve enveredar-se com fins republicanos, sempre).

Nesse contexto, Ruy Samuel Espíndola considera que o princípio republicano é o mais importante dos princípios constitucionais, ao lado do princípio do Estado Democrático de Direito, consoante a seguir descrito:

“O princípio republicano (...) impõe que se entenda a Administração Pública como instituição que tem por fim atender às aspirações do povo, que elegeu representantes (...); implica a periodicidade dos mandatos, a realização de eleições gerais para a escolha dos governantes, o exercício do sufrágio universal, direto e secreto; implica a responsabilidade penal, civil, administrativa e política dos gestores públicos de todas as qualidades, sejam agentes políticos ou agentes administrativos; implica que a Administração, no Parlamento, no Judiciário ou no Executivo, atue guiada pelo interesse público como aspiração de todos, para todos, de forma legítima, sem privilégios e discriminações arbitrárias de qualquer espécie, reclama a prestação de contas, a transparência administrativa e a eleição de fins públicos verdadeiros e legitimados pelo interesse comum do povo; implica, especialmente, o respeito às liberdades públicas, ou melhor, ao conjunto de direitos fundamentais pertinentes aos homens.”¹⁹

No campo jurídico, o princípio republicano pode ser facilmente percebido no texto constitucional brasileiro, mormente quando este determina a condução das práticas administrativas com base nos princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência (artigo 37, caput); quando trata das inelegibilidades (com o escopo do correto desenrolar das eleições); quando faz

¹⁸ COSTA, Fábio S. **Estado, Direito e Sociedade**. Perspectivas para uma Teoria Republicana Brasileira. Curitiba: Juruá, 2010, p. 43.

¹⁹ ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. Princípios Constitucionais e Atividades Jurídico-Administrativa. In: LEITE, George Salomão (Org.). **Dos Princípios Constitucionais**: Considerações em torno de normas principiológicas da Constituição. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 264-265.

exsurgir em todos os níveis e esferas de governo a isonomia, o desenvolvimento pleno, a liberdade e a justiça social (artigos 5º, 6º e 7º).

Dessa forma, percebe-se que o princípio republicano serve como “argamassa”, a unir em um todo coeso os outros princípios jurídicos (sobretudo os da liberdade, da igualdade, da legalidade etc.), além de servir como vetor interpretativo em casos de lacunas na lei ou dúvidas normativas.²⁰

Assim, pode-se dizer que a existência de tal princípio não só serviu de base, como também fertilizou o campo para a edição da Lei de Acesso à Informação, tornando público o que de fato é do povo.

Portanto, assim como o princípio do Estado Democrático, o princípio republicano dá ao povo o entendimento de que a res (coisa) pública é de fato pública, não no sentido de que não pertence a ninguém, mas sim, de que pertence a todos. O princípio republicano, alinhado ao princípio do Estado Democrático, assegura que tudo o que ocorre no âmbito da Administração Pública seja trazido para o conhecimento do povo, visto que o povo é, de fato, o titular dos direitos das coisas públicas. O direito à informação, assim, também encontra suas bases nesse referido princípio.

1.3 O princípio da transparência

O princípio da transparência é extraído essencialmente dos princípios democrático e republicano, ambos já mencionados. É resultado, também, dos fins expressos pelos princípios da publicidade, da motivação, da participação popular

²⁰ COSTA, Fábio S. **Estado, Direito e Sociedade**. Perspectivas para uma Teoria Republicana Brasileira. Curitiba: Juruá, 2010, p. 49.

(subprincípios da transparência), inspirando uma série de direitos como o de petição, o direito de certidão e o direito à informação.²¹

Qualquer que seja o grau de transparência administrativa que se tenha, esse princípio é considerado um dos pilares do Estado Democrático de Direito e da “moderna Administração Pública pelo acesso à informação e pela participação na gestão da coisa pública, o que diminui os espaços reservados ao caráter sigiloso da atividade administrativa – ponto de partida para os nichos de ineficiência, do arbítrio e da imunidade do poder”, conforme anota Wallace P. Martins.²²

O princípio da transparência é gênero do qual decorre o princípio da publicidade, sendo essa, portanto, um dos meios para se chegar àquela. A publicidade é o primeiro caminho a se trilhar para se chegar à transparência. A atuação administrativa se dá, primordialmente, a partir da transparência, realçando o caráter público da gestão.²³

A publicidade (transparência) das informações sobre as ações de Estado é uma grande arma para a proteção dos direitos fundamentais e para o pleno exercício e controle do Estado pela cidadania. Trata-se de um importante aperfeiçoamento do sistema democrático, na medida em que permite à sociedade conhecer o destino dos recursos públicos.

Assim, pode-se dizer que tal princípio também atuou de forma cabal e inafastável para o advento da Lei de Acesso à Informação (Lei n. 12.527/2011), em especial porque esse ato normativo, à luz do princípio da transparência, oportuniza que a sociedade tenha acesso aos dispêndios do Poder Público, precisamente aos gastos salariais com a folha de pagamento de seus agentes, que devem ser disponibilizados em sítios eletrônicos oficiais.

²¹ MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Transparência administrativa**: publicidade, motivação e participação popular. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 17.

²² Ibidem, p. 18.

²³ Ibidem, p. 20.

1.4 O direito de acesso à informação

A informação tem-se revelado de grande importância na sociedade, em todos os seus estratos sociais, tangenciando desde a pessoa mais simples até uma grande empresa.

A liberdade de comunicação das ideias e pensamentos, que se traduz em direito fundamental da pessoa humana, mostra-se necessária, pois, desde os mais remotos tempos da humanidade, a história deixa patente a existência de canais de comunicação entre os homens, a demonstrar fatos e ideias.²⁴

Uma grande variedade de coisas pode constituir-se objeto do direito à informação, tais como livros, músicas, jornais, revistas e a própria internet, sendo que esse direito pode ser oponível ao Estado ou a qualquer pessoa, no sentido de esses não tolherem o acesso e a informação a terceiros.

Comumente, a doutrina busca diferenciar o direito à informação do direito de liberdade de expressão. O primeiro traduz-se em direito individual de comunicar abertamente os fatos e o direito de ser deles informado. Já o segundo diz respeito à possibilidade de se externar ideias, opiniões e juízos de valor.²⁵

Luis Gustavo G. C. de Carvalho, acerca do direito à informação, assim dispõe:

“(...) sub-ramo do direito civil, com assento constitucional, que regula a informação pública de fatos, dados ou qualidades referentes à pessoa, sua voz ou sua imagem, à coisa, a serviço ou produto, para um número indeterminado e potencialmente grande de pessoas, de modo a poder influir no comportamento humano e a contribuir na sua capacidade de discernimento e de escolha, tanto para assuntos de

²⁴ DOTTI, René Ariel. **Proteção da vida privada e liberdade de informação**: possibilidades e limites. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 107.

²⁵ ALMEIDA, Priscila Coelho de Barros. **Liberdade de expressão e liberdade de informação: uma análise sobre suas distinções**. Nov. 2012. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8283. Acesso em 19.jun.2013.

interesse público, como para assuntos de interesse privado, mas com expressão coletiva.”²⁶

O direito à livre circulação de informação constitui-se, segundo Abdul Waheed Khan – Diretor-Geral do Setor de Comunicação e Informação da UNESCO –, um dos cernes da democracia, sendo essencial o respeito do direito de todos à informação.²⁷

Ainda em consonância com o que defende Khan, é importante, para a garantia do livre fluxo de informações e de ideias, que os órgãos públicos não venham a deter informações para eles próprios, mas sim, em nome da sociedade. Essa posição, cada vez mais, está arraigada na mente de cada cidadão, haja vista o entendimento de que o Estado, exercido para o povo, é tão somente um guardião de informações, as quais precisam ser acessíveis a todos, salvo nos casos em que o sigilo for imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.

Logo, o governo tem o dever de servir ao povo. Para que se possa cumprir tal intento, ou seja, para que o direito à informação seja efetivamente implementado, deve-se observar a democracia e a tecnologia da informação. A democracia serve como uma “estrada” para a efetivação do acesso à informação, já a tecnologia da informação funciona como um “carro condutor” que guia a sociedade às minúcias, às entranhas do poder público.²⁸

Esse amplo direito de acesso às informações tem sido exercido na Suécia, por exemplo, há mais de 200 anos, difundindo-se por todas as regiões do mundo. A Suécia foi o primeiro país da história a ter uma lei de acesso à informação, datada de 1766. Outro país que tem um histórico antigo no que diz respeito a uma regulamentação do direito à informação é a Colômbia, com seu Código de Organização Política e Municipal de 1888. Já os Estados Unidos da América aprovaram uma lei de acesso à informação em 1967, sendo seguidos pela

²⁶ CARVALHO, Luís Gustavo Grandinetti Castanho de. *apud* SVALOV, Bárbara. O direito à informação e a proteção dos direitos da personalidade. In: GOZZO, Débora (Coord.). **Direito de informação e liberdade de expressão**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 61.

²⁷ KHAN, Abdul Waheed *apud* MENDEL, Toby. **Liberdade de informação**: um estudo de direito comparado. 2. ed. Brasília: UNESCO, 2009, p. 1-2.

²⁸ *Ibidem*, p. 1-2.

Dinamarca (1970), Noruega (1970), França (1978), Austrália (1982) e Canadá (1982). Recentemente, o Brasil entrou para esse seleto grupo.²⁹

Vive-se, hoje, uma verdadeira reviravolta no que concerne à questão do acesso à informação. Toby Mendel afirma que, em 1990, apenas 13 países haviam adotado legislação referente ao direito à informação. Hoje, contudo, é certo que ao menos 70 países já se embrenharam nessa seara, sendo que outros 20 ou 30 estão em vias de se alinharem ao grupo dos que contam com legislação de amplo acesso à informação.³⁰

Pode-se dizer que a regulamentação do direito de acesso representa uma efetiva implementação de compromissos assumidos pelo Brasil quando da ratificação de convenções internacionais contra a corrupção. A Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (promulgada pelo Decreto n. 5.687/2006), por exemplo, estabelece a garantia do acesso a contas públicas como mecanismo imprescindível para a participação ativa da sociedade civil e de organizações não governamentais na prevenção e na luta contra a corrupção, cabendo aos Estados membros adotar as medidas adequadas para, conforme o ordenamento jurídico interno, disciplinar e regulamentar a matéria.

A mudança de mentalidade da sociedade em relação a esse tema levou à passagem de um estado de entendimento que se perfazia, pura e simplesmente, em relação à necessidade de acesso à informação em medida de governança administrativa, para se entender, agora, o direito à informação como um direito fundamental inafastável. Isso tem sido corroborado, inclusive, pela mudança da nomenclatura, pois se dizia, antigamente, em liberdade de informação, ao passo que hoje se refere, na verdade, a um direito à informação.³¹

Nesse sentido, Toby Mendel considera que “A informação é um fundamento essencial da democracia em todos os níveis. Em sentido mais genérico, a democracia gira em torno da capacidade dos indivíduos de participar de modo

²⁹ MENDEL, Toby. **Liberdade de informação**: um estudo de direito comparado. 2. ed. Brasília: UNESCO, 2009, p. 13-17.

³⁰ Ibidem, p. 19-22.

³¹ Ibidem, p. 3.

efetivo da tomada de decisões que os afeta.”³² Para se concretizar a participação nesses diferentes níveis, o acesso à informação deve ser mantido por órgãos públicos.

Para Pierini *et. al.*, uma gestão funcional sem efetivo controle, em segredo, nas sombras ou com obstáculos intransponíveis enseja uma atividade que diminui a essência do Estado Democrático “y deja la puerta abierta para transgresiones y abusos inaceptables”.³³ Segundo esses autores, é legítimo que toda atividade exterior de todo funcionário ou empregado público seja conhecida como medida de controle geral de gestão, porém nem todos os seus atos devem ser considerados públicos.

Stiglitz – ganhador de prêmio Nobel –, em seus estudos, asseverou que a desigualdade no acesso à informação poderia dar ensejo a políticas públicas em que as autoridades dedicar-se-iam a casos que envolvessem mais os seus interesses do que o interesse de todo o povo, ou da sua maioria.³⁴

Ainda segundo Toby Mendel, uma forma de se atacar a má gestão dos governantes seria por meio de um debate amplo com a sociedade.³⁵

Bárbara Svalov, por sua vez, observa que não se pode perder de vista, em todo esse processo, o direito à dignidade da pessoa humana, como fundamento básico à sociedade democrática.³⁶

Deve-se ressaltar que o direito à liberdade de informação restou consignado no artigo 19 da Declaração Universal de Direitos do Homem, da seguinte forma:

“Art. 19. Todo ser humano tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter

³² MENDEL, Toby. **Liberdade de informação**: um estudo de direito comparado. 2. ed. Brasília: UNESCO, 2009, p. 4.

³³ PIERINI, Alicia; LORENCES, Valentín; TORNABENE, María Inés. **Habeas data**: derecho a la intimidad. Buenos Aires: Universidad, 1999, p. 31.

³⁴ STIGLITZ, J. *apud* MENDEL, Toby. **Liberdade de informação**: um estudo de direito comparado. 2. ed. Brasília: UNESCO, 2009, p. 4.

³⁵ MENDEL, Toby. *op. cit.*, p. 7.

³⁶ SVALOV, Bárbara. O direito à informação e a proteção dos direitos da personalidade. In: GOZZO, Débora (Org.). **Direito de informação e liberdade de expressão**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras.”

Nesse ponto, cumpre salientar que nenhuma Constituição brasileira anterior à de 1988 havia previsto, de forma expressa, o direito à informação. Contudo, o constituinte originário de 1988, em consonância com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, erigiu à categoria de direitos fundamentais o direito do acesso a informações por parte da sociedade, devendo elas serem prestadas pelos órgãos públicos. A propósito, confira-se: “todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado”(artigo 5º, inciso XXXIII).

Segundo Débora Gozzo, da forma como está constitucionalmente positivado, o direito à informação, para que seja concebido na sua integralidade, deve levar em conta três aspectos: o direito de informar (artigo 220), o direito de se informar (artigo 5º, inciso XIV) e o direito de ser informado (artigo 5º, inciso XXXIII). Nesse contexto, J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira explicam que:

“O primeiro consiste, desde logo, na liberdade de transmitir ou comunicar informações a outrem, de difundi-las sem impedimento, mas pode também revestir uma forma positiva, enquanto direito a meios para informar. O direito de se informar consiste designadamente na liberdade de escolha de informação, de procura de fontes de informação, isto é, no direito de não ser impedido de se informar; é a versão positiva do direito de se informar, consistindo num direito a ser mantido adequada e verdadeiramente informado.”³⁷

O direito de informar está previsto no artigo 220 da Constituição Federal, de modo que é permitido a qualquer indivíduo veicular informações que julgar necessário, desde que assim o faça pelo meio adequado. Essa vertente tem aplicação mais direta em relação aos veículos de comunicação, uma vez que exercem papel fundamental dentro de um Estado Democrático de Direito. Luis

³⁷ CANOTILHO, J. J. G. & MOREIRA, Vital. *Apud* SVALOV, Bárbara. O direito à informação e a proteção dos direitos da personalidade. In: GOZZO, Débora (Org.). **Direito de informação e liberdade de expressão**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 61.

Gustavo G. C. de Carvalho considera que “o direito de informar está na essência do regime democrático, vez que decorre diretamente do princípio constitucional da liberdade de expressão e de informação em todas as suas formas.”³⁸

Já o direito de se informar encontra-se insculpido no inciso XIV do artigo 5º da Constituição, o qual garante a todos os indivíduos liberdade de acesso à informação, concretizada por meio de pesquisas, buscas ou qualquer outro meio, sem que, contudo, haja interferência estatal para isso.³⁹

O direito de ser informado, por sua vez, é aquele que assegura a qualquer indivíduo o direito de receber informações de órgãos públicos. Essas informações podem ser de interesse particular, ou de interesse geral ou coletivo, ressalvando-se, todavia, aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado (artigo 5º, inciso XXXIII).

Oduvaldo Donnini e Rogério F. Donnini, no entanto, ponderam que é necessário que essa liberdade de informação não viole outros direitos fundamentais, ressaltando que, em caso de abuso do exercício do direito de expressão, caberá ao Poder Judiciário decidir sobre a existência ou não de ilícito penal ou civil praticado em decorrência desse abuso.⁴⁰

Não se pode olvidar que o direito à informação é ferramenta essencial para o exercício pleno de diversos outros direitos fundamentais. O que se pretende por meio da presente pesquisa é examinar se o exercício desse direito pode se sobrepor a outros direitos e princípios constitucionais que aparentemente viriam a limitar tal exercício, como os princípios da intimidade, da vida privada, da inviolabilidade de dados etc.

³⁸ CARVALHO, Luis Gustavo G. C. de. **Direito de informação e liberdade de expressão**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 152.

³⁹ SERRANO, Vidal. **A proteção constitucional da informação e o direito à crítica jornalística**. São Paulo: FTD, 1997, p.32.

⁴⁰ DONNINI, Oduvaldo & DONNINI, Rogério Ferraz. **Imprensa livre, dano moral, dano à imagem e sua qualificação à luz do novo Código Civil**. São Paulo: Método, 2002, p. 35.

2 OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS LIMITADORES DO AMPLO ACESSO À INFORMAÇÃO

Da mesma forma que o texto constitucional criou um terreno fértil para o exercício prático de um conjunto de direitos que se vinculam à disseminação do conhecimento e da informação – em especial com as noções de Estado Democrático, de democracia, de república e de transparência na gestão pública –, a Constituição Federal também trouxe em seu bojo uma série de princípios e de direitos que, aparentemente, estão em conflito com a liberdade de informação, como o direito à privacidade, à intimidade e à inviolabilidade de dados (aqui incluídos o sigilo fiscal e o sigilo bancário).

Vale dizer, uma vez que nenhum direito fundamental pode ser exercido de forma absoluta, havendo que se atentar à ponderação de interesses, a liberdade de informação encontra várias limitações, sendo o respeito ao direito à privacidade e à intimidade uma delas.

2.1 O princípio da privacidade

A palavra “privacidade”, conforme aponta Marcel Leonardi, decorre da expressão inglesa *privacy*; assim, no bom vernáculo, dever-se-ia utilizar “privatividade”, que vem de privativo e denota com maior precisão o que se busca com esse termo.⁴¹

⁴¹ LEONARDI, Marcel. **Tutela e privacidade na Internet**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 45-52.

Certo é que a expressão privacidade tem sido traduzida, na doutrina brasileira, com uma profusão de significados, dentre os quais se podem destacar a intimidade, a vida privada, o recato, o segredo, o sigilo etc.⁴²

Uma pequena parte da doutrina, dentre a qual se encontra Manoel Gonçalves Ferreira Filho, José Cretella Júnior, Pedro Frederico Caldas, utiliza de forma indistinta os termos intimidade, vida privada e privacidade. Outros doutrinadores, por sua vez, como Tércio Sampaio Ferraz Júnior e José Afonso da Silva, consideram que intimidade e vida privada não se confundem, tendo aspectos e alcances distintos.

Nesse sentido também é a doutrina estrangeira, que se vale de uma série de expressões a fim de denotar o que vem a ser privacidade. Na Alemanha, por exemplo, tem-se *die Privatsphäre*, que separa a autonomia individual da vida social. Na Espanha, usa-se *derecho a la intimidad*; nos Estados Unidos, *privacy*; em Portugal, utiliza-se o termo “reserva da intimidade da vida privada”.⁴³

O termo privacidade, na verdade, indica um gênero do qual são espécies a vida privada e a intimidade.⁴⁴

Ressalte-se que nem a Constituição de 1988, nem o Código Civil de 2002, trazem a expressão *privacidade*. A Constituição considera que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação” (artigo 5º, inciso X); já o Código Civil de 2002 dispõe, em seu artigo 21, que “a vida privada da pessoa é inviolável e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar o ato contrário a esta norma.” Percebe-se, todavia, que nenhum desses diplomas oferece um conceito específico do que vem a ser vida privada e intimidade, o mesmo ocorrendo com o direito estrangeiro.

⁴² FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo de Direito**. São Paulo: Atlas, 1988, p. 114.

⁴³ LEONARDI, Marcel. **Tutela e privacidade na Internet**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 98.

⁴⁴ RAMOS, Cristina de Melo. **O direito fundamental à intimidade e à vida privada**. Revista de Direito da Unigranrio. vol. 5, n. 1, 2012, p. 2.

O direito de privacidade tem sua origem muito antes da promulgação da Constituição de 1988 e do Código Civil de 2002. Tal princípio já gozava de legitimidade ante os olhos da doutrina e da jurisprudência nacional.

Segundo Robert Post, a privacidade seria “um valor tão complexo e tão emaranhado em dimensões concorrentes e contraditórias, tão entupido de significados distintos e variados, que é duvidoso ser possível abordá-lo de modo útil.”⁴⁵

Esse vácuo de definição acaba gerando dificuldades para se definir políticas públicas e também para se resolver casos práticos, haja vista ser extremamente complexo enunciar os danos ocasionados em uma situação fática, o que pode acarretar inclusive a própria falta de tutela desse direito.

Rubens Limongi França define direitos da personalidade como “as faculdades jurídicas cujo objeto são os diversos aspectos da própria pessoa do sujeito, bem assim as suas emanações e prolongamentos”.⁴⁶

Daisy Gogliano, por sua vez, conceitua *diretos privados da personalidade* como:

“(...) os direitos subjetivos particulares, que consistem nas prerrogativas concedidas a uma pessoa pelo sistema jurídico e asseguradas pelos meios de direito, para fruir e dispor, como senhor, dos atributos essenciais da sua própria personalidade, de seus aspectos, emanações e prolongamentos, como fundamento natural da existência e liberdade psíquica e moral do ser humano, no seu desenvolvimento (...)”.⁴⁷

O direito à privacidade era reconhecido como direito da personalidade, tendo caráter essencialmente individualista. A constituição alemã de Weimar, de 1949, foi a grande responsável por influenciar a doutrina internacional no que concerne aos direitos de personalidade e aos direitos fundamentais. O Tribunal constitucional

⁴⁵ LEONARDI, Marcel. **Tutela e privacidade na Internet**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 99.

⁴⁶ FRANÇA, Rubens L. **Direitos de personalidade**: coordenadas fundamentais. In: RT567/9, jan. 1983. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 9.

⁴⁷ GOGLIANO, Daisy. **Direitos privados da personalidade**. Dissertação de mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1982, p. 363-364.

alemão asseverou, em casos submetidos à sua análise, que todo ordenamento jurídico deveria ser interpretado à luz dos direitos fundamentais, que formariam valores baseados no livre desenvolvimento da personalidade e na dignidade da pessoa humana, conforme anota Marcel Leonardi.⁴⁸

No Brasil, com a Constituição de 1988, consolidou-se o princípio da dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (artigo 1º, inciso III). Nesse princípio, insere-se a noção de privacidade, a qual foi expressamente tutelada pelo Código Civil de 2002.

Os direitos da personalidade são o mínimo necessário para que se possam usufruir outros direitos subjetivos, são o mínimo para a existência de cada indivíduo. Esses direitos, segundo Orlando Gomes, são “direitos considerados essenciais à pessoa humana, que a doutrina moderna preconiza e disciplina, a fim de resguardar a sua dignidade”.⁴⁹

Sobre o direito à intimidade, Tércio Sampaio Ferraz leciona que:

“A intimidade é o âmbito do exclusivo que alguém reserva para si, sem nenhuma repercussão social, nem mesmo ao alcance da sua vida privada que, por mais isolada que seja, é sempre um viver entre os outros (na família, no trabalho, no lazer comum). Não há um conceito absoluto de intimidade, embora se possa dizer que o seu atributo básico é o estar só, não exclui o segredo e a autonomia. Nestes termos, é possível identificá-la: o diário íntimo, o segredo sob juramento, as próprias convicções, as situações indevassáveis de pudor pessoal, o segredo íntimo cuja mínima publicidade constrange.”⁵⁰

Tutelar tal aspecto da vida humana é necessário na medida em que uma provável publicização de aspectos da vida íntima do indivíduo pode causar muita dor e sofrimento àquele que se vê exposto.

⁴⁸ LEONARDI, Marcel. **Tutela e privacidade na internet**. Ed. Saraiva, 2012, p. 94.

⁴⁹ GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 149.

⁵⁰ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Sigilo de dados: O direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado**. Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas, v. 1, out./dez.1992, p. 141-148.

O direito à vida privada, por seu turno, resguarda o direito de se excluir do domínio público qualquer informação, traduzindo-se na parte da personalidade que se pretende proteger do público. Segundo René Ariel Dotti, quando o direito à informação e o direito à vida privada são colocados no mesmo plano jurídico, deve-se sacrificar um deles em favor do outro.⁵¹

Assim, privacidade traduz-se, portanto, no direito que tem o homem de poder ficar sozinho quando assim o desejar, sem que se tenha a pretensão de negar a conclusão aristotélica acerca da sociabilidade do ser humano.⁵²

Essa ideia de ficar sozinho e de conviver em sociedade faz parte de uma mesma realidade, que, por seu turno, deve ser reconhecida e ordenada pelo direito.⁵³

Nesse contexto, percebe-se que, na verdade, a intimidade, como direito fundamental, é dotada de fundamentabilidade não apenas porque está expressamente prevista no inciso X do artigo 5º da Constituição Federal⁵⁴, mas por configurar um direito essencial ao ser humano e por possuir seu alicerce na própria noção de dignidade da pessoa humana.

Tais direitos adquiriram uma importância tão notável nos dias de hoje e na Carta Magna que qualquer ofensa a eles caracteriza dano material ou moral indenizável (artigo 5º, X).

Ainda, não se pode olvidar que os direitos fundamentais não devem servir de escudo para a prática de ilícitos civis e criminais. Embora esses direitos encontrem-se amparados no corpo constitucional, cada vez mais os cidadãos buscam o Poder Judiciário com intuito de reparar violações contra eles perpetradas.

⁵¹ DOTTI, René Ariel. **Proteção da vida privada e liberdade de informação**: possibilidades e limites. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 107.

⁵² LORENCINI, Bruno César. **O sigilo bancário e fiscal à luz do direito à privacidade e hipóteses de relativização**. In: Revista Tributária e de finanças públicas, v.18, p. 73.

⁵³ Ibidem, p. 67-95.

⁵⁴ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;”

Conforme assinala Débora Gozzo, “o sistema brasileiro não assegura o abuso no direito à informação se o mesmo for agressivo, eis que não se trata de um direito absoluto. Ao contrário, encontra limites nos direitos de personalidade quando ferem o direito à honra, à intimidade, à vida privada ou à imagem de outrem”.⁵⁵

Assim, embora o direito à informação seja de cunho fundamental, ele não pode violar outros direitos fundamentais, tais como o da vida privada, da imagem, da honra, da intimidade, classificados como direitos da personalidade. William Prosser considera que há ofensa ao direito à privacidade, por exemplo, quando há a divulgação de fatos particulares embaraçosos à pessoa, colocando-a sob uma “falsa luz” aos olhos do público.⁵⁶

Assim, para que o direito à intimidade seja protegido e preservado, é necessário que haja uma ponderação de interesses, no sentido de se buscar qual deverá prevalecer naquela situação específica. Isso porque encontra-se em jogo dois interesses de envergadura constitucional: de um lado, o direito ao livre exercício/acesso a informações; de outro, o direito à privacidade.

2.2 O princípio da inviolabilidade de dados

Segundo Carolina Chiappini e Marcelo Magalhães Peixoto, a razão de ser do Estado Democrático de Direito reside na observância e na proteção da dignidade da pessoa humana.⁵⁷

⁵⁵ SVALOV, Bárbara. O direito à informação e a proteção dos direitos da personalidade. In: GOZZO, Débora (Org.). **Direito de informação e liberdade de expressão**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 61.

⁵⁶ PROSSER, William L. Privacy. In: **California Law Review**, v. 48, n. 3, aug. 1960, p. 389.

⁵⁷ CHIAPPINI, Carolina; PEIXOTO, Marcelo Guimarães. Sigilo Bancário e Fiscal no Direito Brasileiro. In: PIZOLIO, Reinaldo (Coord.). **Sigilo Fiscal e Bancário**. São Paulo: Quartier Latin do Brasil. 2005, p. 403.

O sistema jurídico assim concebido, ancorado no Estado Democrático de Direito, preocupa-se com a realização de preceitos fundamentais para que uma pessoa viva em sociedade, sobretudo em uma sociedade politicamente organizada.

Com efeito, o grande mote de atuação e desejo do poder constituinte originário de 1988 foi a concretização de preceitos fundamentais, uma vez que se iniciava o período de redemocratização do país, não se desejando a aniquilação de direitos realizada por regimes totalitários. Assim, o constituinte tratou de enumerar um vasto rol de direitos fundamentais, entre os quais encontra-se o direito à inviolabilidade de dados.

Segundo o disposto no artigo 5º, inciso XII, da Constituição Federal, “é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal” (grifo próprio).

Conforme anota Ives Gandra da Silva Martins⁵⁸, ao interpretar tal dispositivo, as autoridades devem, por obrigação de índole constitucional, guardar sigilo acerca das informações dos cidadãos, só podendo revelá-las para outros órgãos da Administração por meio de uma ordem judicial devidamente fundamentada.

Por se referir ao preceito como inviolabilidade de “dados” – portanto, de forma não específica, genérica –, o constituinte suscitou uma série de dúvidas e discussões doutrinárias acerca dos elementos abrangidos por essa expressão.

Uma primeira corrente defende que a inviolabilidade de “dados” seria uma projeção do próprio princípio da intimidade e do princípio da vida privada, insculpidos no inciso X do artigo 5º da Magna Carta de 1988; seria o direito de o indivíduo excluir do conhecimento de terceiros aquilo que só a ele é pertinente e que diz respeito ao seu modo de ser exclusivo no âmbito de sua vida privada. Outra

⁵⁸ MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Sigilo de dados que devem as autoridades manter sob o risco de responsabilização civil**: Opinião legal. Revista Dialética de Direito Tributário 9/70, jul.1996.

corrente, por sua vez, entende que o constituinte referiu-se ao termo “dados” como gênero dos sigilos fiscal e bancário.⁵⁹

Assim se manifestou o Ministro Carlos Velloso, quando se discutiu o tema referente à possibilidade de quebra do sigilo bancário a requerimento do Ministério Público, demonstrando seu posicionamento acerca da referida dúvida então existente acerca do alcance da proteção de dados:

“O Constituinte não tem a obrigação de utilizar palavras com rigor técnico. O constituinte dirige-se ao povo de um modo geral, e esta é uma regra de hermenêutica constitucional. Então, na verdade, na proteção de dados, de certa forma pode-se incluir a proteção ao sigilo bancário que contém dados também. Com rigor científico, dados se referem à informática, mas possível, de certa forma, incluir aí também os dados de uma conta bancária. Penso, pois, que o raciocínio expedido pelo Sr. Ministro Moreira Alves é razoável.”⁶⁰

No mesmo sentido, tem-se Ives Gandra Martins:

“Sempre estive convencido de que a expressão ‘sigilo de dados’ hospeda aquela de ‘sigilo bancário’. Esta é a espécie daquele gênero. É, neste particular, que me parece absolutamente correta a postura do legislador e da jurisprudência em preservar o sigilo bancário do arbítrio e admitir a sua quebra sempre que houver autorização judicial.”⁶¹

Em obediência ao princípio da “máxima efetividade dos direitos fundamentais”, que propugna por uma interpretação extensiva, no sentido de se alargar a hermenêutica aplicada aos direitos fundamentais, resta evidente que a interpretação mais condizente à expressão em comento é aquela que concebe os sigilos fiscal e bancário dentro do gênero sigilo de “dados”.

⁵⁹ BASTOS, Celso. **Estudos e Pareceres de Direito Público**. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 1993.

⁶⁰ CHIAPPINI, Carolina; PEIXOTO, Marcelo Guimarães. Sigilo Bancário e Fiscal no Direito Brasileiro. In: PIZOLIO, Reinaldo (Coord.). **Sigilo Fiscal e Bancário**. São Paulo: Quartier Latin do Brasil. 2005, p.405.

⁶¹ MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Sigilo bancário**. Disponível em: www.gandramartins.adv.br/project/ives-gandra/public/uploads/2013/02/07/f9945e1artigo_141.pdf Acesso em 4.ago.2013.

Vale dizer, a inviolabilidade de dados, por traduzir a ideia de informações pertinentes às movimentações financeiras e realidades econômicas do indivíduo, desdobra-se em inviolabilidade bancária e fiscal.

Portanto, faz-se necessária a distinção entre sigilo bancário e sigilo fiscal, destacando-se, ainda, o âmbito de incidência dessas restrições no que concerne ao aspecto do presente trabalho, qual seja, a divulgação nominal dos contracheques dos servidores públicos em sítios na internet.

2.2.1 Sigilo bancário

A questão do sigilo bancário sempre esteve positivado em nosso ordenamento jurídico. O Código de Direito Comercial (Lei n. 556/1850), que equiparou os banqueiros aos comerciantes, estabelecia em seu artigo 17 uma rigidez inafastável acerca do segredo dos livros e da escrituração mercantil, afastando, inclusive, a possibilidade de restrição por parte do Poder Judiciário. Essa forma de agir era decorrente do princípio geral da garantia do segredo de comércio.

Em 1949, quando do julgamento do Mandado de Segurança n. 1.047/SP⁶², o Supremo Tribunal Federal reconheceu que as instituições bancárias deveriam prestar informações com intuito de esclarecerem a verdade, quando o interesse público assim o requeresse e quando os dados perquiridos se mostrassem essenciais e indispensáveis ao julgamento das demandas submetidas ao Poder Judiciário. Portanto, passou-se a aceitar a relativização, que até então não existia, do dever legal do sigilo bancário.

A Lei n. 4.595, de 1964, trouxe uma grande inovação ao permitir a efetivação da quebra do sigilo bancário pelo Poder Judiciário, por agentes fiscais ou por

⁶² Supremo Tribunal Federal, MS n. 1.047/SP, Relator Ministro Ribeiro da Costa, julgado em 6/9/1949.

Comissão Parlamentar de Inquérito. Pontue-se que essa lei foi editada sob a égide da Constituição de 1946, que não previa a inviolabilidade de nenhum direito, salvo o das correspondências (artigo 141, § 6º).⁶³

Há quem sustente que o sigilo em questão trata-se, na verdade, de um desdobramento do contido no inciso X do artigo 5º da Constituição Federal, que versa sobre a questão da intimidade e da vida privada⁶⁴; outros, todavia, asseveram que a inviolabilidade de sigilo bancário é desdobramento da proteção constitucional dada à inviolabilidade de sigilo de dados, insculpida no inciso XII do artigo 5º.

Certo é que tanto a Lei n. 12.527/2011 (artigo 4º, inciso IV) quanto o Decreto n. 7.724/2012 (artigo 3º, inciso V) consideram informação pessoal aquela relacionada à pessoa natural identificada ou identificável, relativas à vida privada, à intimidade, à imagem e à honra. A propósito, confira-se o disposto nos artigos mencionados, respectivamente:

“Art. 4º Para os efeitos desta Lei, considera-se:

(...)

IV – informação pessoal: aquela relacionada à pessoa natural identificada ou identificável;

(...)”⁶⁵

Art. 3º Para os efeitos deste Decreto, considera-se:

(...)

V – informação pessoal: informação relacionada à pessoa natural identificada ou identificável, relativa à intimidade, vida privada, honra e imagem;

(...)”⁶⁶

⁶³ CHIAPPINI, Carolina; PEIXOTO, Marcelo Guimarães. Sigilo Bancário e Fiscal no Direito Brasileiro. In: PIZOLIO, Reinaldo (Coord.). **Sigilo Fiscal e Bancário**. São Paulo: Quartier Latin do Brasil. 2005, p. 398.

⁶⁴ Ibidem, p. 397.

⁶⁵ BRASIL. Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do **caput** do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 80159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. Diário Oficial da União de 18/11/2011. Edição extra.

⁶⁶ BRASIL. Decreto nº 7.724, de 16 de maio de 2012. Regulamenta a Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, que dispõe sobre o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do **caput** do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição. Diário Oficial da União de 16/5/2012. Edição extra.

Por serem informações classificadas como pessoais, têm, assim, acesso restrito, podendo ser divulgadas somente caso haja autorização expressa de seu titular.

Nesse contexto, em relação aos dados remuneratórios dos servidores públicos, a Administração Pública não teria competência para promover unilateralmente a sua divulgação, sobretudo porque revelar tal intento acarretaria, de forma reflexa e indireta, a quebra do sigilo bancário do servidor, uma vez que, geralmente, esse servidor auferir como renda tão somente o valor percebido em razão de seu cargo ou função pública, já que se submete ao regime de dedicação exclusiva.⁶⁷

Dessa forma, com a divulgação, em sítio eletrônico oficial, da remuneração dos servidores públicos, o sigilo bancário do servidor restaria violado, uma vez que, ao se tornarem públicos seus vencimentos, automaticamente seria possível deduzir o potencial de movimentação financeira desse indivíduo, tendo em vista que o servidor presta seus serviços de forma exclusiva. Consequentemente, seriam tornadas públicas questões de cunho meramente privado, de nenhum interesse para a Administração Pública, como a viabilidade ou não de se pagar um aluguel ou a taxa de condomínio em um determinado mês, ou ainda, a postergação ou não de uma dada dívida com um terceiro.

2.2.2 Sigilo fiscal

⁶⁷ RODRIGUES, João Gaspar. **Aspectos jurídicos sobre a divulgação de dados remuneratórios de servidores públicos e a nova Lei de Acesso à Informação**. Jusnavegandi, Teresina, ano 17, n. 3281, 25.jun.2012. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/22095> Acesso em 9.mar.2013.

O sigilo fiscal, expressamente mencionado nos artigos 198 e 199 do Código Tributário Nacional⁶⁸, direciona-se, num primeiro momento, às autoridades públicas, aos agentes públicos e ao Fisco, de forma geral. Assim, entende-se como sigilo fiscal o dever de abstenção, por parte do Fisco, de não dar informações sobre a situação financeira e econômica do contribuinte e sobre a natureza e estado de seus negócios, por evidenciarem a realidade econômica e financeira do indivíduo. Significa o dever geral de sigilo das informações de natureza fiscal do contribuinte, excetuando, por certo, o dever de sigilo em face de regular requisição da autoridade administrativa, desde que provada a pendência de processo de índole administrativa.⁶⁹

Em decorrência dessa norma, as pessoas são obrigadas a prestar informações à Administração Tributária acerca dos valores auferidos como renda.

Em seu artigo 198, o Código Tributário Nacional veda, de forma expressa, a divulgação de dados fiscais dos contribuintes a terceiros, sob pena de responsabilidade funcional e penal do agente encarregado de sua guarda e de responsabilidade civil da Administração.

⁶⁸ “Art. 198. Sem prejuízo do disposto na legislação criminal, é vedada a divulgação, por parte da Fazenda Pública ou de seus servidores, de informação obtida em razão do ofício sobre a situação econômica ou financeira do sujeito passivo ou de terceiros e sobre a natureza e o estado de seus negócios ou atividades.”

“§ 1º Excetua-se do disposto neste artigo, além dos casos previstos no art. 199, os seguintes:

I – requisição de autoridade judiciária no interesse da justiça;

II – solicitações de autoridade administrativa no interesse da Administração Pública, desde que seja comprovada a instauração regular de processo administrativo, no órgão ou na entidade respectiva, com o objetivo de investigar o sujeito passivo a que se refere a informação, por prática de infração administrativa.

§ 2º O intercâmbio de informação sigilosa, no âmbito da Administração Pública, será realizado mediante processo regularmente instaurado, e a entrega será feita pessoalmente à autoridade solicitante, mediante recibo, que formalize a transferência e assegure a preservação do sigilo.

§ 3º Não é vedada a divulgação de informações relativas a:

I – representações fiscais para fins penais;

II – inscrições na Dívida Ativa da Fazenda Pública;

III – parcelamento ou moratória.

Art. 199. A Fazenda Pública da União e as dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios prestar-se-ão mutuamente assistência para a fiscalização dos tributos respectivos e permuta de informações, na forma estabelecida, em caráter geral ou específico, por lei ou convênio.

Parágrafo único. A Fazenda Pública da União, na forma estabelecida em tratados, acordos ou convênios, poderá permutar informações com Estados estrangeiros no interesse da arrecadação e da fiscalização de tributos.”

⁶⁹ LORENCINI, Bruno César. O sigilo bancário e fiscal à luz do direito à privacidade e hipóteses de relativização. In: **Revista Tributária e de finanças públicas**. BRITO, Edvaldo Pereira de (Coord.). ano 18, n. 94, set/out 2010. Revista dos Tribunais, p. 81-82.

Augusto Carlos Cavalcante Melo afirma que a doutrina é majoritária no sentido de que qualquer lei que permita a quebra do sigilo fiscal, por exemplo, sem autorização judicial para tanto, será inconstitucional.⁷⁰

A Lei de Acesso à Informação confere a alguns casos a proteção fiscal necessária, mais precisamente quando se trata de informação de cunho sigiloso, como os assuntos de interesse e segurança nacional (artigo 4º, inciso III) e outros assuntos que digam respeito à informação pessoal (artigo 31).⁷¹

Ao se “publicizar” o contracheque de um servidor público na internet, ter-se-á, por consequência, também a quebra do sigilo fiscal, pois os valores divulgados em páginas eletrônicas são, em regra, os mesmos valores informados à Secretaria da Receita Federal. Assim, pode-se dizer que a divulgação nominal dos contracheques via internet colide também com o princípio constitucional da inviolabilidade de dados, em especial com a garantia do sigilo fiscal.⁷²

⁷⁰ MELO, Augusto Carlos Cavalcante. O sigilo fiscal e sua “quebra”: análise das previsões legais excepcionantes à luz da Constituição In: **Revista Tributária e de finanças públicas**. BRITO, Edvaldo Pereira de (Coord.). ano 16, n. 82, set/out 2009, p. 47.

⁷¹ HENARES NETO, Halley. Lei de acesso à informação – aspectos relativos ao sigilo fiscal e ao procedimento administrativo tributário. In: **Revista do Advogado**. Ano XXXII, dez. 2012, p. 54-55.

⁷² RODRIGUES, João Gaspar. **Aspectos jurídicos sobre a divulgação de dados remuneratórios de servidores públicos e a nova Lei de Acesso à Informação**. Jusnavegandi, Teresina, ano 17, n. 3281, 25.jun.2012. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/22095> Acesso em 12.mar.2013.

3 A REGULAMENTAÇÃO DO DIREITO DE ACESSO À INFORMAÇÃO

Conforme já salientado, a Lei de Acesso à Informação regulamenta o direito constitucional previsto no artigo 5º, inciso XXXIII; no artigo 37, § 3º, inciso II; e no artigo 216, § 2º, todos da Constituição Federal. Embora os direitos fundamentais, inclusive o direito à informação, sejam dotados de auto-aplicabilidade, ou seja, prescindam de regulamentação para viabilizar o seu exercício, a LAI dá uma maior robustez e efetividade ao direito fundamental da informação, esclarecendo o cidadão a respeito de seus direitos e determinando ao Estado os seus deveres frente às informações públicas.

No ano de 2012, foi publicado o Decreto n. 7.724/2012, que veio regulamentar a referida lei, trazendo em seu bojo os prazos e os procedimentos para que as determinações legais sejam cumpridas. Vale ressaltar que esse decreto não abrange toda a Administração Pública, mas apenas o Poder Executivo federal, nos termos do seu artigo 1º.⁷³

Isso significa que, para ter aplicação no âmbito dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal, a divulgação de contracheques depende de lei específica própria. Saliente-se que os órgãos estatais, nos diferentes níveis federativos, possuem liberdade de conformação para dispor sobre essa matéria – dentro, é claro, dos limites constitucionais.

⁷³ “Art. 1º Este Decreto regulamenta, no âmbito do Poder Executivo federal, os procedimentos para a garantia do acesso à informação e para a classificação de informações sob restrição de acesso, observados prazo e grau de sigilo, conforme o disposto na Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, que dispõe sobre o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do *caput* do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição”.

3.1 Breve histórico da regulamentação do direito de acesso à informação no Brasil

O artigo 5º da Constituição Federal, no seu inciso XXXIII, determina que todos têm direito de acesso à informação. Todavia, sabe-se da necessidade de efetivação desse direito por meio de leis infraconstitucionais.

O assunto relacionado ao acesso à informação vinha sendo tratado em diversas leis esparsas como, por exemplo, na Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar n. 101/2000), na Lei Ambiental (Lei n. 9.605/1998), na Lei de Arquivos Públicos (Lei n. 8.159/1991). Contudo, essas leis não tratavam de forma pormenorizada sobre a matéria, de maneira que se fez necessária a edição de uma lei que tratasse mais especificamente sobre o assunto.

A questão acerca da edição de uma lei que regulasse o acesso à informação se originou no ano de 2006, quando se criou um grupo de trabalho composto por órgãos do Poder Executivo federal, mais precisamente a Controladoria-Geral da União – CGU, o Ministério da Defesa – MD, o Ministério da Justiça – MJ e o Ministério das Relações Exteriores – MRE, com a direção dos trabalhos a cargo da Casa Civil, órgão de *staff* da Presidência da República.⁷⁴

Esse grupo de trabalho teve por missão final apresentar uma minuta de projeto de lei que regulasse a questão do acesso à informação no âmbito do atual ordenamento jurídico.⁷⁵

Assim, no ano de 2009, após a redação final ser consolidada pela Casa Civil, foi enviado ao Congresso Nacional o texto do projeto, que lá veio a receber o número 5.228/09.

⁷⁴ PAES, Eneida Bastos. **O direito de saber**: O Acesso à Informação Governamental no Brasil a partir da Constituição de 1988 até a publicação da Lei n. 12.527/2011. Dissertação de mestrado.

⁷⁵ Ibidem.

O Projeto de Lei de Acesso à Informação, oriundo do Poder Executivo, tramitou durante dois anos e meio no parlamento, mais precisamente até o dia 27 de outubro de 2011, quando foi enviado à sanção presidencial.

3.2 O poder regulamentar e o Decreto n. 7.724/2012

Conforme anota Miguel Reale, os atos normativos podem ser divididos em atos originários e em atos derivados. Os primeiros são aqueles oriundos da autoridade que detém competência própria outorgada diretamente da Constituição para edição de regras instituidoras de “direito novo”; compreende os atos do Poder Legislativo. Já os derivados têm por escopo a explicação ou especificação de um conteúdo normativo preexistente, visando, sobretudo, à sua execução. O seu ato por excelência é o regulamento.⁷⁶

Os poderes da Administração Pública possui natureza instrumental, ou seja, eles surgem como instrumentos conferidos à Administração pelo ordenamento jurídico para preservar os interesses da coletividade. Sem esses poderes, não se conseguiria fazer sobrepor a vontade da lei à vontade individual, o interesse público ao interesse privado.⁷⁷

Em que pese a expressão “poder” denotar uma possível faculdade, deve-se observar que, na realidade, se trata de um poder-dever, sendo, pois, irrenunciável.⁷⁸

Como exposto, a Administração Pública é dotada de certos poderes atribuídos a ela com intuito de permitirem a realização de atividades as quais foi incumbida de desempenhar. Esses poderes surgem em conformidade com as demandas apresentadas, podendo ser divididos em: a) poder vinculado (atuação

⁷⁶ REALE, Miguel *apud* DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 14. ed. São Paulo: Atlas S.A., p. 86.

⁷⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 14. ed. São Paulo: Atlas S.A., p. 86.

⁷⁸ *Ibidem*, p. 86.

restrita aos aspectos “fechados” da lei), b) poder discricionário (atuação dinamizada dentro de certos parâmetros fixados pela lei), c) poder hierárquico (poder de que dispõe o Executivo para organizar e distribuir as funções de seus órgãos, estabelecendo a relação de subordinação entre os servidores do seu quadro de pessoal), d) poder disciplinar (competência da Administração de apurar irregularidades e aplicar sanção), e) poder de polícia (competência de que dispõe a Administração Pública de fazer valer sua supremacia sobre os administrados, limitando os direitos individuais em nome do interesse público), e f) poder regulamentar (criação de normas para certas situações).⁷⁹

Neste tópico, será enfocado o poder regulamentar, uma vez que cabe à Administração regulamentar as leis após sua publicação. É exercido, invariavelmente, por meio de decreto regulamentar (ou regulamento), que, conforme se sabe, deve-se ater aos limites da lei, não podendo exorbitá-la.⁸⁰

O poder regulamentar é a face da atuação normativa dos Chefes do Poder Executivo, que, por meio da União, dos Estados e dos Municípios, edita normas complementares à lei, buscando sua fiel execução.⁸¹

A doutrina elenca dois tipos de regulamentos, quais sejam, o regulamento executivo e o regulamento autônomo. O primeiro, nos termos do artigo 84, inciso IV, da Constituição⁸², trata da fiel execução das leis, não podendo estabelecer, segundo di Pietro, normas *contra legem* ou *ultra legem*. Ele não pode inovar a ordem jurídica, trazendo medidas punitivas, obrigações e direitos, uma vez que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de lei. Deve estabelecer, obrigatoriamente, formas de como a lei será cumprida. O regulamento autônomo, por sua vez, como o próprio nome indica, inova o ordenamento, estabelece condições que não estavam previamente previstas em leis. A doutrina tem entendido

⁷⁹ CARVALHO FILHO, José Dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 21. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2009, p. 67-72.

⁸⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 14. ed. São Paulo: Atlas S.A., p. 111.

⁸¹ Ibidem, p. 87.

⁸² Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

(...)

IV – sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução;

(...)

que esse tipo de regulamento encontra-se previsto no artigo 84, inciso VI, do texto constitucional.⁸³

O conceito de regulamento é similar ao conceito de função regulamentar; todavia, guarda certas diferenças, mormente quanto aos atos normativos que podem ser objeto de regulamentação e aos limites de produção regulamentar. A doutrina, de forma uníssona, entende que regulamentos são atos exarados pelo Poder Executivo, dotados de generalidade, abstração e imperatividade.⁸⁴

A generalidade diz respeito aos destinatários da norma, ou seja, à característica de que ela seja submetida a sujeitos indeterminados. A abstração trata da incidência da norma, traduzindo-se na multiplicidade de incidência da norma jurídica. Já a imperatividade é a característica de tornar obrigatória a observância dos dispositivos daquele ato.⁸⁵

Hans Kelsen defende que as normas jurídicas estariam divididas em dois ou mais estágios, em que certas constituições atribuiriam a determinadas autoridades administrativas (Chefes de Estado) o poder de decretar normas gerais por intermédio das quais seriam elaboradas as cláusulas de um estatuto normativo.⁸⁶

Assim, os regulamentos seriam essas normas emanadas do chefe de poder que regulamentariam as normas gerais expedidas pelo legislador. Kelsen relembra, ainda, que essas normas expedidas pelo Chefe de Estado poderiam ser decretos regulamentares ou decretos-leis (decretos com força de lei).⁸⁷

⁸³ “Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

(...)

VI - dispor, mediante decreto, sobre:

a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos;

b) extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos;

(...)”

⁸⁴ MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios Gerais de Direito Administrativo**. Vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1969, p. 317.

⁸⁵ RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. **Constituição e Administração Pública**. Definindo novos contornos à legalidade administrativa e ao Poder Regulamentar. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2012, p. 119-128.

⁸⁶ KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Trad. Luís Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 190.

⁸⁷ Idem, **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Batista Machado. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1987, p. 248.

Canotilho assevera que o regulamento é uma norma exarada pela Administração na sua função administrativa, com caráter executivo ou complementar, no entanto, desprovida de valor legislativo.⁸⁸

A definição de regulamento abarca aspectos relacionados à finalidade ou referência (reporta-se aos atos normativos primários ou à Carta Magna) e ao aspecto orgânico ou de competência (trata-se de norma produzida no seio do Poder Executivo).⁸⁹

Noberto Bobbio afirma que o Poder Legislativo é limitado pelo constituinte e, à medida que se desce na pirâmide do ordenamento jurídico, a liberdade tende a ser diminuída, o que se observa tanto em termos formais quanto materiais da edição de normas. Os limites dos regulamentos também se inserem dentro desse contexto, sendo de ordem formal ou material, expressos ou implícitos.⁹⁰

No que diz respeito à limitação de cunho material, tem-se o dever de observação da legalidade, da discricionariedade, da universalidade das leis e da vinculação ao interesse público, enquanto a limitação formal se dá no âmbito das competências, requisitos de processamento, publicidade e demais elementos relativos à produção e publicação das normas regulamentares.

Ressalte-se que alguns desses elementos, por vezes, são barreiras tanto no campo material quanto no campo formal. Como exemplo, pode-se citar a legalidade, haja vista que a lei a ser regulamentada delimita não só a matéria a ser tratada pelo regulamento, mas também aspectos de índole formal (quando determina um lapso temporal para edição do decreto regulamentar).⁹¹

Conforme anota Gina Copola, o que se observa, portanto, é que o Decreto n. 7.724, de 2012, o qual regulamenta a Lei de Acesso à Informação, ao determinar a divulgação em sítios na internet, de maneira individualizada, de informações sobre remuneração e subsídio recebidos por ocupante de cargo efetivo, posto, graduação,

⁸⁸ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993, p. 909.

⁸⁹ FRANCISCO, José Carlos. **Função Regulamentar e Regulamentos**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 260-265.

⁹⁰ BOBBIO, Norberto *apud* FRANCISCO, José Carlos. **Função Regulamentar e Regulamentos**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 263.

⁹¹ FRANCISCO, José Carlos. *op. cit.*, 2009.

função e emprego público, bem como proventos de aposentadoria e pensões daqueles que estiverem na ativa (artigo 7º, § 3º, VI), extrapolou materialmente o conteúdo da lei, uma vez que a LAI, em momento algum, tratou sobre a obrigatoriedade de publicação, em sítio eletrônico oficial, da remuneração dos servidores públicos da forma como ela vem sendo realizada.⁹²

3.3 A divulgação nominal dos contracheques dos servidores públicos federais em sítios na internet

A Lei de Acesso à informação – LAI, com intuito de moralizar o acesso da sociedade aos dados do governo, trouxe em seu artigo 3º cinco diretrizes a serem observadas, a saber:

“Art. 3º Os procedimentos previstos nesta Lei destinam-se a assegurar o direito fundamental de acesso à informação e devem ser executados em conformidade com os princípios básicos da administração pública e com as seguintes diretrizes:

I - observância da publicidade como preceito geral e do sigilo como exceção;

II - **divulgação de informações de interesse público, independentemente de solicitações;**

III - utilização de meios de comunicação viabilizados pela tecnologia da informação;

IV - **fomento ao desenvolvimento da cultura de transparência na administração pública;**

V - desenvolvimento do controle social da administração pública.”⁹³
(grifo próprio)

Do dispositivo mencionado, observa-se que o inciso II do artigo 3º da referida lei traz, como uma de suas “colunas mestras”, a necessidade de divulgação,

⁹² COPOLA, Gina. **Jurisprudência comentada:** Lei de Acesso à Informação. Publicação de vencimentos de servidores. Responsabilidade civil do Estado. Nov. 2012. Disponível em: www.acopesp.org.br/artigos/dra.%20gina%20Copola/gina%20artigo%2084.pdf Acesso em 7.jul.2013.

⁹³ BRASIL. Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do **caput** do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 80159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. Diário Oficial da União de 18/11/2011. Edição extra.

ex officio, por parte da Administração Pública, das informações de interesse público constantes em seu poder.

Essa lei tratou ainda, em seu artigo 4º, inciso IV, do conceito de informação pessoal, *verbis*:

“Art. 4º Para os efeitos desta Lei, considera-se:

(...)

IV - informação pessoal: aquela relacionada à pessoa natural identificada ou identificável;

(...)”⁹⁴

Não obstante, a lei não pormenorizou em outros espectros de definição o que, de fato, poderia ser considerado como informação pessoal. Trata-se de um conceito aberto, mais suscetível de análise e interpretação pelo aplicador do direito.

O Decreto n. 7.724/2011, em seu artigo 2º, traz a ideia da necessária transparência nas atividades da Administração Pública:

“Art. 2º. Os Órgãos e as entidades do Poder Executivo federal assegurarão, às pessoas naturais e jurídicas, o direito de acesso à informação, que será proporcionado mediante procedimentos objetivos e ágeis, de forma transparente, clara e em linguagem de fácil compreensão, observados os princípios da administração pública e as diretrizes previstas na Lei nº 12.527, de 2011.”⁹⁵

Esse mesmo decreto, em seu artigo 3º, inciso IV, definiu o que é informação sigilosa:

“Art.3º Para os efeitos deste Decreto, considera-se:

(...)

⁹⁴ BRASIL. Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do **caput** do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 80159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. Diário Oficial da União de 18/11/2011. Edição extra.

⁹⁵ BRASIL. Decreto nº 7.724, de 16 de maio de 2012. Regulamenta a Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, que dispõe sobre o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do **caput** do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição. Diário Oficial da União de 16/5/2012. Edição extra.

IV - informação sigilosa - informação submetida temporariamente à restrição de acesso público em razão de sua imprescindibilidade para a segurança da sociedade e do Estado, e aquelas abrangidas pelas demais hipóteses legais de sigilo;

(...)»⁹⁶

As informações pessoais têm acesso restrito, podendo ser divulgadas caso haja consentimento expresso da pessoa a que se referirem. O artigo 31 da Lei n. 12.527/2011 dispõe acerca da necessidade de se observar o respeito à intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas, bem como às liberdades e garantias individuais, quando do tratamento de informações de cunho pessoal.

Saliente-se, ainda, o disposto no artigo 7º, § 2º, inciso VI, do decreto em comento:

“Art. 7º. É dever dos órgãos e entidades promover, independentemente de requerimento, a divulgação em seus sítios na Internet de informações de interesse coletivo ou geral por eles produzidas ou custodiadas, observado o disposto nos arts. 7º e 8º da Lei 12.527, de 2011:

(...)

§ 2º Serão disponibilizados nos sítios na internet dos órgãos e entidades, conforme padrão estabelecido pela Secretaria de Comunicação Social da Presidência da República:

(...)

VI – remuneração e subsídio recebidos por ocupante de cargo, posto, graduação, função e emprego público, incluindo auxílios, ajuda de custo, jetons e quaisquer outras vantagens pecuniárias, bem como proventos de aposentadoria e pensões daqueles que estiverem na ativa, de maneira individualizada conforme ato do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão;

(...)»⁹⁷

Nesse inciso VI é que se encontra prevista a divulgação nominal dos contracheques dos servidores públicos em sítios da internet.

⁹⁶ BRASIL. Decreto nº 7.724, de 16 de maio de 2012. Regulamenta a Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, que dispõe sobre o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do **caput** do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição. Diário Oficial da União de 16/5/2012. Edição extra.

⁹⁷ Ibidem.

Sobre esse ponto, importante destacar que o próprio regulamento, em seu artigo 1º, prevê expressamente seu âmbito de incidência, ao dispor que o decreto “regulamenta, no âmbito do *Poder Executivo federal*, os procedimentos para a garantia do acesso à informação”. Logo, ele deveria ter aplicação obrigatória tão somente no âmbito do Poder Executivo, e não nos três Poderes, como vem ocorrendo.

Não se pode olvidar que o decreto regulamentar é entendido como a atribuição privativa dos Chefes de Poder Executivo para complementarem a lei, de maneira que devem os decretos ser com ela compatíveis.⁹⁸

Assim, uma vez que o Decreto n. 7.724/2012, ao dispor sobre a obrigatoriedade de disponibilização na internet das remunerações percebidas por servidores públicos, contemplou situação não prevista pela Lei de Acesso à Informação, resta evidente que houve extrapolação material do poder regulamentar. Nesse sentido, Gina Copola conclui que “o citado Decreto federal nº 7.724/12 padece de inconstitucionalidade, vez que extrapola os limites regulamentar do Executivo federal”.⁹⁹

⁹⁸ GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 121.

⁹⁹ COPOLA, Gina. **Jurisprudência comentada**: Lei de Acesso à Informação. Publicação de vencimentos de servidores. Responsabilidade civil do Estado. Nov. 2012. p. 4. Disponível em: www.acopesp.org.br/artigos/dra.%20gina%20Copola/gina%20artigo%2084.pdf Acesso em 7.jul.2013.

4 A COLISÃO ENTRE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS – PONDERAÇÃO NECESSÁRIA

A concepção tradicional antiga trazia uma diferenciação entre princípios e normas, concebendo tais institutos como tipos conceituais distintos. A ideia de norma se sobrepunha à ideia de princípio. Um dos defensores dessa corrente de pensamento era Josef Esser.¹⁰⁰

Assim, convém destacar que a distinção entre princípios e normas ocorreu mais recentemente, sobretudo com os acréscimos teóricos e analíticos de Robert Alexy a Ronald Dworkin, em que restou pacificada a diferenciação entre regras e princípios, entendendo-se esses, portanto, com conceitos distintos, ambos pertencentes ao gênero norma.

4.1. Princípios e regras – uma análise sob a perspectiva de Robert Alexy

O conceito de norma jurídica e a discussão sobre suas espécies são temas de infindáveis controvérsias, havendo diferentes formas de se proceder a essa distinção entre regras e princípios.

A corrente defendida por Ronald Dworkin e posteriormente Robert Alexy, conhecida como “Tese Forte da Separação”, considera que as normas jurídicas devem ser divididas em regras e princípios e que entre eles existe não apenas uma

¹⁰⁰ ESSER, Josef. *apud* ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de Princípios Constitucionais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 66.

diferença de grau, mas também uma diferença qualitativa.¹⁰¹ Vale dizer, esses autores são representantes da tese da separação qualitativa entre regras e princípios, defendendo que a distinção entre ambas as espécies de normas é de caráter lógico.

Outra corrente entende ser despropositada a tentativa de se separar as normas em duas classes (regras e princípios), alegando, para tanto, ser inútil falar-se em diferenças ou similitudes quicá existentes.¹⁰² Ou seja, esses teóricos, por diversas razões, rejeitam a possibilidade ou a utilidade da distinção entre regras e princípios.

Já a terceira, conhecida como “Tese da Separação Fraca”, sustenta que há uma diferenciação a ser feita entre regras e princípios e que essa diferenciação toca, tão somente, o campo do “grau” de cada um (seja o grau de generalidade, de abstração ou de fundamentalidade), não havendo se falar em diferença “qualitativa”.¹⁰³

4.1.1 A Lei de Colisão

O jurista alemão Robert Alexy, ao tratar do assunto em questão – diferenciação entre regras e princípios –, considera que o argumento mais trazido pelos estudiosos para fazer tal distinção se dá no campo “da generalidade”, sendo os princípios espécies de norma dotados de alto grau de generalidade, ao passo que as regras seriam detentoras de um baixo grau de generalidade.¹⁰⁴

¹⁰¹ ALEXY, Robert *apud* DANTAS, David Diniz. O sigilo Bancário e o Conflito entre Princípios Constitucionais. In: PIZOLIO Reinaldo (Coord.). **Sigilo Fiscal e Bancário**. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 319.

¹⁰² Conforme, por exemplo, Aulis Aarnio, *Taking Rules Seriously*. ARSP Beih. 42/1989, p. 188.

¹⁰³ ALEXY, Robert *apud* DANTAS, David Diniz. O sigilo Bancário e o Conflito entre Princípios Constitucionais. In: PIZOLIO Reinaldo (Coord.). **Sigilo Fiscal e Bancário**. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 319.

¹⁰⁴ *Ibidem*, p. 320-325.

Para o autor, não há apenas essa diferença, devendo ser observado também o aspecto “qualitativo”. Assim, ele considera que princípios são normas que estabelecem que algo deve ser realizado na maior medida possível, considerando as possibilidades fáticas e jurídicas presentes. Por isso, eles são chamados de “mandamentos de otimização”.¹⁰⁵

Alexy afirma que as regras, espécies do gênero “norma”, poderiam ser cumpridas ou não, e, em valendo uma regra, esta deve ser cumprida integralmente. Assim, Alexy sustenta que os princípios são qualificados como “determinações de otimização que se caracterizam pelo fato de poderem ser cumpridas em diferentes graus e que a proporção exigível de seu cumprimento não apenas depende das possibilidades reais, mas também das jurídicas”.¹⁰⁶

Nesse ponto, imperioso salientar a ideia de que a realização completa de um determinado princípio poderia ser obstada pela realização de outro princípio. Essa situação é traduzida pela metáfora da “colisão” entre princípios, a qual deve ser solucionada por meio de um sopesamento, para que, então, se possa chegar a um resultado ótimo – esse resultado ótimo vai sempre depender das variáveis do caso concreto.

Vale dizer, segundo esse autor, ao contrário do “conflito entre regras” – que só poderia ser resolvido com a declaração de invalidade de uma delas, ou ao se estabelecer uma “cláusula de exceção” em alguma delas –, existindo colisão entre princípios, não se exige a declaração de invalidade de um para que o outro persista em vigor; o caso se resolve mediante a chamada “Lei de Colisão”, que se traduz como a justa “ponderação”. Segundo Alexy, essa situação de conflito:

“(...) não é solucionada declarando que um dos princípios conflitantes não é válido e, ou eliminando do sistema jurídico. Tampouco soluciona-se introduzindo-se uma exceção em um dos princípios, de forma a que nos casos futuros este princípio seja considerado como uma regra (satisfeita ou não). A solução da colisão consiste antes em, levando-se em consideração as circunstâncias do caso,

¹⁰⁵ ALEXY, Robert *apud* DANTAS, David Diniz. O sigilo Bancário e o Conflito entre Princípios Constitucionais. In: PIZOLIO Reinaldo (Coord.). **Sigilo Fiscal e Bancário**. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 320-325.

¹⁰⁶ *Ibidem*, p. 319.

estabelecer-se entre princípios uma relação de preferências condicionada (...).¹⁰⁷

Assim, Alexy considera que um dos princípios terá precedência sobre o outro no caso concreto, através do sopesamento de interesses, sendo certo que, alteradas as condições, pode ser que a questão seja solucionada de forma oposta.¹⁰⁸ Dessa maneira, segundo a regra do sopesamento de Robert Alexy, quanto maior for o grau de não satisfação ou de afetação de um princípio, maior deverá ser a satisfação do outro que com ele está em colisão, de maneira que o que se perde de um lado deve ser compensado pelo que se ganha de outro.

Para Alexy, portanto, o choque entre regras se resolveria no plano da validade enquanto a colisão de princípios se resolveria no plano dos valores. As regras, ao contrário dos princípios, expressam deveres e direitos definitivos, de maneira que, se uma regra é válida, então deve-se realizar exatamente aquilo que ela prescreve, nem mais, nem menos. No caso dos princípios, o grau de realização de um ou de outro pode variar.¹⁰⁹

Portanto, a distinção entre normas e regras ou princípios seria realizada quando postas em choque. Se a norma, ao colidir com outra, sempre triunfa ou cede, estar-se-á defronte a uma regra; noutro polo, se uma norma, ao entrar em colisão com outra, às vezes ganha e às vezes perde, estar-se-á diante de um princípio.¹¹⁰

Segundo Cristina Queiroz, “todos os bens gozam de igual proteção, devendo as normas ser interpretadas por forma a que todos eles recebam um grau idêntico de proteção jurídica, sem compressões ou reduções que possam afetar o seu ‘conteúdo essencial’ em caso de conflito prático.”¹¹¹

¹⁰⁷ ALEXY, Robert *apud* DANTAS, David Diniz. O sigilo Bancário e o Conflito entre Princípios Constitucionais. In: PIZOLIO Reinaldo (Coord.). **Sigilo Fiscal e Bancário**. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 322.

¹⁰⁸ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 304.

¹⁰⁹ ALEXY, Robert *apud* DANTAS, David Diniz. op. cit., p. 323.

¹¹⁰ *Ibidem*, p. 324.

¹¹¹ QUEIROZ, Cristina. **Interpretação Constitucional e Poder Judicial** – Sobre a Epistemologia da Construção Constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 268.

Cristina Queiroz relembra que, na Alemanha, chegou-se a contrapor, terminológica e conceitualmente, o “contrapeso dos bens constitucionais” ao princípio da “proporcionalidade” e ao princípio da “concordância prática”. Enquanto o primeiro, situado num plano de abstração quase que absoluto, tende a produzir uma “hierarquia de valores”, acarretando, portanto, a anulação de um deles, os segundos, oriundos do princípio da “unidade da constituição”, dependem, essencialmente, das circunstâncias concretas do caso a que se aplicam.¹¹² Nas palavras de Konrad Hesse, o princípio da “unidade da constituição” supõe, na verdade, que “os bens juridicamente protegidos devem poder coordenar-se entre si, de tal sorte que cada um alcance a sua efetividade”. Considera que “ambos os bens devem ser limitados para que possam gozar todos eles de uma virtualidade óptima”, de modo que, no resultado, todos possam contribuir para a manutenção da decisão.¹¹³

4.2 Princípios e regras – uma análise sob a perspectiva de Ronald Dworkin

O americano Ronald Dworkin sustenta que a diferença entre regras e princípios se dá em dois níveis, um que seria a “dimensão do peso”, o dos princípios, e outro que seria o da “aplicação disjuntiva”, o da regras.¹¹⁴

4.2.1 A Dimensão do peso e aplicação disjuntiva

¹¹² Ibidem, p. 274-275.

¹¹³ HESSE, Konrad *apud* QUEIROZ, Cristina. **Interpretação Constitucional e Poder Judicial – Sobre a Epistemologia da Construção Constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 275.

¹¹⁴ DWORKIN, Ronald *apud* DANTAS, David Diniz. O sigilo Bancário e o Conflito entre Princípios Constitucionais. In: PIZOLIO Reinaldo (Coord.). **Sigilo Fiscal e Bancário**. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 327.

O entendimento do professor Ronald Dworkin em relação a esse tema guarda pontos de contato com o que concebe o professor Robert Alexy.

A distinção entre os princípios e as regras, de uma forma genérica, seria de natureza lógica. Para ele, as regras são aplicáveis, principalmente, à maneira do “tudo ou nada” (*all or nothing*); vale dizer, presentes os pressupostos de fato concebidos, a regra ou será válida (e a resposta que ela fornece deve ser aceita), ou não será válida (nesse caso, ela em nada contribuirá para a decisão). Já os princípios funcionam de outra forma, uma vez que não apresentam consequências jurídicas que se seguem automaticamente quando as condições são dadas; possuem, na verdade, uma dimensão de peso ou importância.¹¹⁵

Ou seja, Ronald Dworkin percebe a diferença entre regras e princípios como de natureza lógica. Logo, as regras são aplicadas de forma disjuntiva. Assim se ocorrerem as situações previstas na norma, esta ou será válida, ou será inválida. Pontua Dworkin:

“A norma pode ter exceções, porém, se as tem, é inexato e incompleto enunciá-la de maneira tão simples, sem enumerar as exceções.”¹¹⁶

Assim, para Dworkin, quando princípios se interferem (colidem), aquele incumbido de resolver a problemática deverá considerar o peso relativo de cada um (ponderação). Deve-se perguntar qual a importância e qual o peso determinado princípio tem ou não em relação a um caso concreto. Quando, no entanto, as regras colidem, devem ser aplicadas as regras de antinomia.¹¹⁷

Isso não quer dizer que a questão da importância não venha a ter relevância para as regras. Todavia, quando se fala dessa relevância em relação às regras, isso se deve limitar à regulamentação de casos específicos.

¹¹⁵ DWORKIN, Ronald *apud* DANTAS, David Diniz. O sigilo Bancário e o Conflito entre Princípios Constitucionais. In: PIZOLIO Reinaldo (Coord.). **Sigilo Fiscal e Bancário**. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 329.

¹¹⁶ *Ibidem*, p. 327.

¹¹⁷ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 43.

4.3 Princípio da proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade tem sua origem no Direito Administrativo prussiano, vindo a se estender posteriormente a todo o direito público.¹¹⁸ Atualmente, o referido princípio é de utilização generalizada em países tidos como Democráticos de Direito.

Em seu início, foi utilizado para refrear o poder de polícia usado pelo Estado prussiano. Hoje em dia, todavia, é utilizado, de regra, com o escopo de controle dos limites dos direitos fundamentais. No início, era dirigido ao Poder Executivo; atualmente vincula todos os Poderes.¹¹⁹

Paulo Bonavides descreve o princípio da proporcionalidade como aquele que “se caracteriza pelo fato de presumir a existência de relação adequada entre um ou vários fins determinados e os meios com que são levados a cabo”.¹²⁰

Cumprе salientar que a doutrina alemã produziu um consenso acerca da definição do que atualmente se entende pelo princípio da proporcionalidade. Asseverou que o princípio da proporcionalidade em sentido amplo e o princípio da “proibição de excesso” são a mesma coisa – já que durante certo tempo houve dissenso acerca da diferença ou não desses referidos princípios –, e que deles advêm outros princípios parciais, quais sejam, princípio da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito.¹²¹

O princípio da adequação, também chamado de princípio da idoneidade ou da conformidade, determina que, no caso concreto, deve-se observar se a decisão

¹¹⁸ STEINMETZ, Wilson Antonio. **Colisão de Direitos Fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Livraria dos Advogados, 2001, p. 145.

¹¹⁹ Ibidem, p. 147.

¹²⁰ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo Malheiros, 1994, p. 553.

¹²¹ STEINMETZ, Wilson Antonio. op. cit., p. 148.

normativa restritiva do direito fundamental dá meios para a concretização da finalidade perseguida. Questiona-se se o meio utilizado é útil para se perseguir o fim desejado.¹²²

Já o critério da necessidade representa o exame relativo à existência de meios que possam atingir a mesma finalidade sem que haja restrição, na mesma intensidade, dos direitos fundamentais afetados. Ou seja, nesse ponto, deve-se perquirir se não existe outra forma mais eficaz e menos onerosa de restrição dos direitos fundamentais em colisão.¹²³

O subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito refere-se a um sistema de valoração dos conteúdos dos princípios em conflito, em que é necessário que o conteúdo valorativo do direito protegido seja superior ao do direito restringido. Dessa forma, para que um ato seja desproporcional em sentido estrito, é preciso que os motivos que fundamentam a adoção desse ato não sejam “fortes” o suficiente para justificar a restrição do direito fundamental atingido.¹²⁴

4.4 Colisão entre o acesso à informação e o direito à privacidade

O direito à privacidade, mesmo com previsão constitucional (artigo 5º, X), não é absoluto, assim como não o é o acesso a informações (artigo 5º, XXXIII, e artigo 37, § 3º). Aliás, as decisões judiciais que determinaram as publicações de salários mostram que ainda se terão muitas discussões sobre essa matéria.

Sobre a questão estudada na presente pesquisa, percebe-se que a Constituição Federal, ao mesmo tempo em que assegura a garantia do acesso à

¹²² ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 121.

¹²³ Ibidem, p. 122.

¹²⁴ Ibidem, p. 122-123.

informação, resguarda os direitos de personalidade, de modo que, aparentemente, vislumbra-se um provável conflito entre direitos fundamentais.

A polêmica estabelecida pela Lei de Acesso à Informação consiste justamente em conciliar o princípio da publicidade da Administração Pública, informada pela necessidade de transparência da gestão e das despesas e pela necessária informação aos administrados, com a preservação da intimidade e da vida privada do servidor público, diante da obrigatoriedade de divulgação nominal da remuneração bruta desses servidores em sítio eletrônico.

Na espécie, há, portanto, uma aparente colisão entre dois princípios constitucionais. A melhor solução para o confronto é a harmonização desses princípios, de forma que nenhum seja excluído, conforme se extrai das lições do capítulo anterior, onde se deve sempre “ponderar”, “sopesar”, haja vista que a colisão de princípios se resolve no campo do peso, e não com o critério atribuído às regras, qual seja, do “tudo ou nada”.

Para J. J. Gomes Canotilho, há colisão entre direitos fundamentais quando o exercício por parte de um titular colide com o exercício de direito por parte de outro titular.¹²⁵

Gassen Z. Gebara considera que essa dicotomia exige uma reflexão mais aprofundada de ambos os lados, ou seja, tanto daquele que se vê resguardado nos seus direitos à personalidade, como daquele que se vê resguardado em relação ao direito de informação.¹²⁶

Débora Gozzo defende que:

“(...) se a informação divulgada denigre a imagem de uma pessoa, viola o seu direito à intimidade ou à vida privada de alguém, será considerado um abuso no direito de informar, extrapolando o seu direito fundamental consistente na liberdade de informação, e, como

¹²⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra ed, 1991, p. 657.

¹²⁶ GEBARA, Gassen Z. Direito à intimidade e direito à informação. Colisão de direitos constitucionais fundamentais? In: SOUZA JÚNIOR, José Geraldo de. (Org.). **Na fronteira**: conhecimento e práticas jurídicas para a solidariedade emancipatória. Porto Alegre: Síntese, 2003, p. 267.

consequência, a pessoa que divulgou essa informação poderá sofrer sanções civis e penais.”¹²⁷

Do princípio da unidade da Constituição, extrai-se o princípio da concordância prática (harmonização), de modo que os direitos fundamentais em oposição devem ser otimizados de forma que não haja uma sobreposição parcial de seus âmbitos de vigência, mas, ao contrário, ambos devem, de modo proporcional, cofundamentarem a melhor solução para o conflito.¹²⁸

Nas situações do dia a dia, nos casos de conflitos, deve um dos direitos prevalecer, sem que se elimine, contudo, o outro. Nesses casos, a ponderação do caso concreto deve ser realizada não se levando em conta uma análise abstrata dos bens e valores jurídicos envolvidos. Para Mônica Castro, as regras que servem para solucionar os conflitos devem ser construídas com base na harmonização e na prevalência de um sobre o outro, prevalência essa que somente o caso concreto poderá dizer.¹²⁹

O princípio da proporcionalidade dá ao caso concreto a possível saída pretendida no caso de choque frontal de normas com pesos equivalentes. Com efeito, esse princípio traz a ideia de que o juiz deve verificar, no caso concreto, se os dois valores conflitantes são, de fato, tutelados pelo ordenamento jurídico. Em assim sendo, devem os interesses ser ponderados e pesados dentro do critério da proporcionalidade, que estabelecerá os limites e atuação das normas na verificação do interesse predominante.

Wilson Steinmetz argumenta que “o princípio da proporcionalidade ordena que a relação entre o fim que se pretende alcançar e o meio utilizado deve ser adequada, necessária e proporcional”.¹³⁰ A adequação diz respeito ao meio que se pode utilizar em uma situação fática para a obtenção de uma dada finalidade. Já o

¹²⁷ SVALOV, Bárbara. O direito à informação e a proteção dos direitos da personalidade. In: GOZZO, Débora (Org.). **Direito de informação e liberdade de expressão**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 69.

¹²⁸ MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do Direito Constitucional**. Trad. Peter Naumann. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 77.

¹²⁹ CASTRO, Mônica N. A. da S. **Honra, imagem, vida privada e intimidade, em colisão com outros direitos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 19.

¹³⁰ STEINMETZ, Wilson Antonio. Princípio da proporcionalidade e atos de autonomia privada restritivos de direitos fundamentais. In: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 39.

critério da necessidade diz respeito à escolha do melhor método para que o fim almejado seja obtido, ou seja, ao meio menos gravoso. Finalmente, se houver duas medidas adequadas para atingir o fim de um princípio e ambas embaraçam a realização de outro princípio, deve-se, então, analisar a proporcionalidade em sentido estrito, que é uma questão de sopesamento.

Pelo ângulo da concordância prática entre os direitos constitucionais em colisão, a Lei n. 12.527/2011 apresentou solução adequada. Dispõe o *caput* do seu artigo 3º que “Os procedimentos previstos nesta Lei destinam-se a assegurar o direito fundamental de acesso à informação e devem ser executados em conformidade com os princípios básicos da administração pública e com as seguintes diretrizes: (...)”.

Ora, conforme o disposto no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal, os princípios básicos da Administração Pública são: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Veja-se, portanto, que, como regra, a Lei n. 12.527/2011 instituiu a publicidade dos atos, em homenagem à moderna noção de transparência, no sentido de que os atos do poder público não podem se revestir de caráter de pessoalidade; por outro lado, resguardou a intimidade, a privacidade, a honra e a imagem dos titulares dos dados pessoais. O § 4º do artigo 31¹³¹ permite o acesso a dado pessoal quando há processo para apuração de irregularidades pelo titular do dado ou em face de recuperação de fatos históricos de maior relevância, demonstrando que a publicidade de dados pessoais é, de fato, excepcional.

A regra insculpida no artigo 31 – que alcança os vencimentos dos servidores públicos – harmoniza o acesso à informação de interesse particular do cidadão ou de interesse coletivo e geral com a privacidade do servidor público. Trata-se de

¹³¹ “Art. 31. O tratamento das informações deve ser feito de forma transparente e com respeito à intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas, bem como às liberdades e garantias individuais.

(...)

§ 4º A restrição de acesso à informação relativa à vida privada, honra e imagem de pessoa não poderá ser invocada com o intuito de prejudicar processo de apuração de irregularidades em que o titular das informações estiver envolvido, bem como em ações voltadas para a recuperação de fatos históricos de maior relevância.”

solução que prestigia o princípio da concordância prática e, conseqüentemente, preserva a unidade da Constituição e a sua força normativa.

Os princípios da confidencialidade, da finalidade e da adequação dos dados pessoais, por sua vez, conduzem à conclusão de restrição da divulgação dos salários.

Pelo princípio da finalidade, o dado pessoal relativo a salários somente deve ser utilizado para esse fim, ou seja, para efeito de apuração e comprovação da contraprestação devida pelo agente, empregado ou servidor público. Não se desconhece que esse princípio sofre mitigação quanto se trata de entidade pública, que pode utilizar o dado para fins diversos daqueles para os quais foram fornecidos. Todavia, essa liberalidade “deve ser cotejada com a obrigação de conferir-se segurança a esses dados (...) a fim de se garantir integridade, autenticidade e sigilo, os principais pilares da (...) segurança da informação”.¹³²

A técnica da ponderação dos direitos fundamentais em conflito, com os subprincípios da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito¹³³, também pode trazer luzes para o presente debate. Nesse contexto, a divulgação dos salários dos servidores públicos sem qualquer justificativa concreta não atende à razoabilidade, considerando os direitos fundamentais em conflito.

Segundo o subprincípio da adequação, a invasão à privacidade dos agentes públicos deve ser a menor possível, devendo a intervenção ser estritamente necessária à proteção do interesse público.¹³⁴

O escopo da lei é aprimorar a transparência do serviço público e impor à Administração Pública o dever de informar a sociedade das despesas que realiza, de modo a viabilizar o exercício do controle social. Assim, para a efetivação de tal controle, de nada adianta saber quanto percebe mensalmente determinado servidor. Vale dizer, o conhecimento das despesas da Administração, entre as quais se inclui

¹³² VIEIRA, Tatiana Malta. **O direito à privacidade na sociedade da informação**: efetividade desse direito fundamental diante dos avanços da tecnologia da informação. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2007, p. 239.

¹³³ ALEX, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 111-115.

¹³⁴ SCHÄFER, Jairo Gilberto. **Direitos fundamentais**: proteção e restrições. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 108.

a remuneração dos servidores públicos – ainda que, à primeira vista, não traga proveito a ninguém – é, no mínimo, importante. Não obstante, conhecer o valor pago pela Administração a seus servidores não implica a obrigação de identificar nominalmente seus beneficiários, até porque essa informação – além de violar alguns preceitos fundamentais, como o dever de sigilo fiscal e bancário – não é de interesse geral ou coletivo.

Ivan Barbosa Rigolin, em artigo intitulado “Transparência não é devassa, nem na lei nº 12.527/2.011”, assevera que:

“III - Com efeito, tem-se notícia da declarada intenção por alguns Municípios de promulgarem leis que determinem a publicação periódica de listas de todos os servidores municipais, identificando cada qual, com seus respectivos vencimentos, ou salários, totais e a discriminação de todas as parcelas que os integram, sob pena de processamento por violação à regra da transparência veiculada pela nova lei federal. (....)

IV – É bem certo que remuneração paga com dinheiro público não pode constituir segredo particular de ninguém, ou apanágio conhecido apenas por quem a recebe, qual se tratasse de negócio privado que deva permanecer sigiloso a começar por questão de segurança. Ocorre entretanto que para tudo existem regras, e maneiras adequadas de agir e de proceder. Não podem as bandeiras de transparência e de ampla visibilidade das contas públicas descambar para o terreno da devassa, da violação à intimidade pessoal de ninguém, nem da afronta a normas de segurança e de proteção individual dos agentes públicos, ao título que for e sob a alegação que acorra à mente da autoridade política.

Não existe razão, dessa forma, para que sejam publicadas listas periódicas dos nomes dos servidores, cada qual acompanhado da sua remuneração total e de todas as parcelas que a compõem a cada caso individual.”¹³⁵

Com efeito, constata-se que as normas constitucionais sobre a garantia do acesso a informações garantem o acesso a informações **necessárias** (artigo 216, § 2º) ou de interesse particular, coletivo ou geral, de onde se conclui que algo necessário é, por definição, algo imprescindível, indispensável.

¹³⁵ RIGOLIN, Ivan Barbosa. **Transparência não é devassa, nem na lei nº 12.527/2.011**. In: Fórum Administrativo de direito público. Ed. Fórum, ago/12, p. 32.

André Ramos Tavares, em entrevista dada ao Jornal Carta Forense, assim se manifestou sobre o tema em discussão:

“Há nítida confusão entre transparência ou acesso, de um lado, com exposição pública indevida ou desnecessária, de outro. A publicidade administrativa e a informação de interesse público ou coletivo, presentes no art. 5º, referem-se aos gastos da entidade pública, isto é, quanto e como essas entidades utilizam seus recursos. Não há necessidade e nem adequação de medida tão extrema, pois é possível – por inúmeras maneiras – agir com ampla transparência sem subtrair a privacidade de seus servidores, nem colocá-los em risco de segurança. As pessoas não vivem isoladas, pois são conhecidas pelos seus nomes, profissão e locais de trabalho e residência.”¹³⁶

A possibilidade de controle, pela sociedade, das despesas realizadas pela Administração Pública resta satisfeita pela simples informação dos valores que são pagos a cada um dos cargos públicos e dos contracheques que são emitidos pelo órgão pagador, sem a necessidade de identificação pessoal do servidor, a qual se presta, na verdade, apenas para questões de ordem particular.

Assim, ao que tudo indica, a divulgação dos nomes com os respectivos vencimentos não possui nenhuma finalidade pública. O que se coloca é que o direito dos cidadãos de acesso a informações de caráter público é possível de ser observado sem que, para isso, seja necessário sacrificar-se o direito individual à intimidade e à vida privada, bastando que haja a publicação dos salários/contracheques com a indicação de códigos (como, por exemplo, a matrícula funcional do servidor) que permitam aos órgãos oficiais de controle a identificação do servidor a que se refere o demonstrativo de ganhos, para que, conforme o caso, sejam adotadas as eventuais providências no âmbito do devido processo legal.

Não se desconhece a supremacia do interesse público sobre o privado como regra, ou seja, a preponderância dos interesses da sociedade sobre aqueles interesses de cunho meramente individuais, específicos de determinado cidadão. Não obstante, devem ser realizadas todas as divulgações úteis ao controle social,

¹³⁶ Disponível em <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/publicidade-dos-salarios-de-servidores-publicos-posicao-contraria/9320> Acesso em 19.ago.2013.

preservando-se, porém, o máximo possível o direito à privacidade, “publicizando” os valores pagos a cada um dos servidores, sem, contudo, identificá-los nominalmente.

Aliás, conforme ressalta Gina Copola, “a publicidade de atos oficiais não pode constituir ato de devassa da Administração. Sim, porque os atos de publicidade não podem ter o condão de revelar segredos e sigilos funcionais”.¹³⁷

Ressalte-se que a divulgação dos rendimentos dos servidores públicos não resulta, por si só, no controle de eventuais pagamentos indevidos. Trata-se de medida que viola a privacidade do servidor público (e, como já exposto, o sigilo fiscal e bancário) em detrimento de um etéreo e difuso monitoramento da Administração Pública pela sociedade civil.

Portanto, no caso em questão, uma solução hipoteticamente viável para a finalidade almejada – dar publicidade às despesas administrativas e permitir o controle dos gastos estatais pela sociedade – seria a substituição do nome do servidor pelo número da sua matrícula funcional ou mesmo pela especificação de seu cargo.

De mais a mais, não se pode olvidar que a publicidade da remuneração, em especial pela internet, pode trazer riscos acentuados a outros direitos fundamentais do servidor público e de seus familiares, os quais se acentuam em determinadas carreiras estatais. A exposição da renda pode comprometer a própria segurança pessoal de policiais, auditores, agentes penitenciários etc. Com a disponibilização da renda, aumenta a possibilidade de fraudes, extorsões, sequestros, elaboração de perfis e padrões de comportamento.

Nesse sentido, já se manifestou o Tribunal de Justiça de São Paulo, quando do julgamento da Apelação n. 0047599-24.2010.8.26.0053, Relator Desembargador Fermino Magnani, realizado em 22/10/2012¹³⁸:

¹³⁷ COPOLA, Gina. **Jurisprudência comentada**: Lei de Acesso à Informação. Publicação de vencimentos de servidores. Responsabilidade civil do Estado. Nov. 2012. Disponível em: www.acopesp.org.br/artigos/dra.%20gina%20Copola/gina%20artigo%2084.pdf Acesso em 19.jul.2013.

“ (...) não é este o sentido da publicidade administrativa, e bem poderia a divulgação preservar a identidade dos servidores, bastando a menção à matrícula, cargo e funções ocupadas. E por este ato, inegável a ofensa à intimidade e privacidade de cada um dos agentes, com grave exposição também da sua segurança pessoal e familiar, que **por um simples clique de mouse tornam-se alvos de uma verdadeira devassa.**” (grifo próprio).

Ainda, sequer é possível concluir que a divulgação nominal da remuneração dos servidores públicos seria eficaz para efetivar o dever de transparência da Administração, pois o nome do servidor não possibilita ao administrado conhecer a sua verdadeira situação funcional – aqui incluídos o tempo de serviço, as promoções, as progressões, os enquadramentos, as especializações concluídas etc. E, sem esse detalhamento da vida funcional do servidor público, a divulgação da sua remuneração em sítios eletrônicos serviria apenas para saciar a curiosidade alheia sobre os seus ganhos.

A questão da divulgação nominal da remuneração bruta dos servidores públicos em sítio eletrônico foi analisada pela Corte Suprema quando do julgamento do Agravo Regimental na Suspensão de Segurança n. 3.902/SP (publicado no Diário de Justiça eletrônico de 3/10/2011), interposto por um sindicato e uma associação de servidores do Município de São Paulo/SP, contra decisão do então Presidente do STF, Ministro Gilmar Mendes, que permitiu tal medida.

Mencione-se, por oportuno, a ementa do referido julgado:

¹³⁸ Confira-se, a propósito, trecho da ementa do julgado: “RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO Preliminar de nulidade da sentença afastada Condenação da Municipalidade Paulistana pela divulgação de dados pessoais, como os vencimentos seguidos dos nomes dos autores, no sítio eletrônico da Prefeitura da Capital Medida que se inseriria na publicidade da gestão pública, denominada “De Olho nas Contas”. Ofensa manifesta aos direitos constitucionais da preservação da intimidade e da segurança pessoal e familiar do servidor Presença dos elementos informadores do dever de indenizar Situação que, para além de ser inefetiva quanto aos reais problemas sobre a transparência dos atos levados a cabo pelo administrador, gera risco à vida e privacidade do cidadão Precedentes jurisprudenciais neste sentido Dever de indenizar que decorre do simples fato de divulgação indevida das informações econômico-funcionais do servidor Recurso dos autores provido, para o fim de determinar a indenização individual no montante de R\$ 5.000,00 (...).”

“Ementa: SUSPENSÃO DE SEGURANÇA. ACÓRDÃOS QUE IMPEDIAM A DIVULGAÇÃO, EM SÍTIO ELETRÔNICO OFICIAL, DE INFORMAÇÕES FUNCIONAIS DE SERVIDORES PÚBLICOS, INCLUSIVE A RESPECTIVA REMUNERAÇÃO. DEFERIMENTO DA MEDIDA DE SUSPENSÃO PELO PRESIDENTE DO STF. AGRAVO REGIMENTAL. CONFLITO APARENTE DE NORMAS CONSTITUCIONAIS. DIREITO À INFORMAÇÃO DE ATOS ESTATAIS, NELES EMBUTIDA A FOLHA DE PAGAMENTO DE ÓRGÃOS E ENTIDADES PÚBLICAS. PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE ADMINISTRATIVA. NÃO RECONHECIMENTO DE VIOLAÇÃO À PRIVACIDADE, INTIMIDADE E SEGURANÇA DE SERVIDOR PÚBLICO. AGRAVOS DESPROVIDOS.

1. Caso em que a situação específica dos servidores públicos é regida pela 1ª parte do inciso XXXIII do art. 5º da Constituição. Sua remuneração bruta, cargos e funções por eles titularizados, órgãos de sua formal lotação, tudo é constitutivo de informação de interesse coletivo ou geral. Expondo-se, portanto, a divulgação oficial. Sem que a intimidade deles, vida privada e segurança pessoal e familiar se encaixem nas exceções de que trata a parte derradeira do mesmo dispositivo constitucional (inciso XXXIII do art. 5º), pois o fato é que não estão em jogo nem a segurança do Estado nem do conjunto da sociedade.

2. Não cabe, no caso, falar de intimidade ou de vida privada, pois os dados objeto da divulgação em causa dizem respeito a agentes públicos enquanto agentes públicos mesmos; ou, na linguagem da própria Constituição, agentes estatais agindo “nessa qualidade” (§6º do art. 37). E quanto à segurança física ou corporal dos servidores, seja pessoal, seja familiarmente, claro que ela resultará um tanto ou quanto fragilizada com a divulgação nominalizada dos dados em debate, mas é um tipo de risco pessoal e familiar que se atenua com a proibição de se revelar o endereço residencial, o CPF e a CI de cada servidor. No mais, é o preço que se paga pela opção por uma carreira pública no seio de um Estado republicano.

3. A prevalência do princípio da publicidade administrativa outra coisa não é senão um dos mais altaneiros modos de concretizar a República enquanto forma de governo. Se, por um lado, há um necessário modo republicano de administrar o Estado brasileiro, de outra parte é a cidadania mesma que tem o direito de ver o seu Estado republicanamente administrado. O “como” se administra a coisa pública a preponderar sobre o “quem” administra – falaria Norberto Bobbio -, e o fato é que esse modo público de gerir a máquina estatal é elemento conceitual da nossa República. O olho e a pálpebra da nossa fisionomia constitucional republicana.

4. A negativa de prevalência do princípio da publicidade administrativa implicaria, no caso, inadmissível situação de grave lesão à ordem pública.

5. Agravos Regimentais desprovidos.”

Na ocasião, o Relator, Ministro Carlos Ayres Britto, afirmou que o argumento de preservação da intimidade financeira dos servidores públicos cai por terra diante

do disposto na primeira parte do inciso XXXIII do artigo 5º da Constituição. “Sua remuneração bruta, cargos e funções por eles titularizados, órgãos de sua formal lotação, tudo é constitutivo de informação de interesse coletivo ou geral. Expondo-se, portanto, à divulgação oficial”, asseverou. Ainda, acrescentou que “não cabe sequer falar de intimidade ou de vida privada, pois os dados objeto da divulgação em causa dizem respeito a agentes públicos enquanto agentes públicos mesmos; ou, na linguagem da própria Constituição, agentes estatais agindo ‘nessa qualidade’ (§ 6º do art. 37)”.¹³⁹

Embora tenha admitido a possibilidade de divulgação, em sítio eletrônico oficial, de informações funcionais de servidores públicos, inclusive a respectiva remuneração, reconheceu que a segurança pessoal e patrimonial dos servidores e seus familiares ficam “um tanto quanto fragilizada”, pois “é o preço que se paga pela opção por uma carreira pública no seio de um Estado republicano”.¹⁴⁰ Asseverou, outrossim, que a negativa de prevalência do princípio da publicidade administrativa constitui grave lesão à ordem pública.

Não obstante, o referido julgado deve ser olhado com cautela, porquanto, se o objetivo da lei é propiciar à população a publicidade e a transparência das despesas administrativas, deveriam ser disponibilizadas apenas informações essenciais da vida funcional do servidor público, em homenagem aos princípios constitucionais da privacidade, em suas vertentes intimidade e vida privada.

¹³⁹ p. 66.

¹⁴⁰ p. 66.

CONCLUSÃO

O presente trabalho teve por escopo trazer a debate a questão da necessidade de publicação dos contracheques dos servidores públicos em sítios eletrônicos na internet, em decorrência da obrigatoriedade imposta pelo Decreto n. 7.724/2012, que veio regulamentar a Lei de Acesso à Informação, Lei n. 12.527/2012.

Para tanto, abordou-se, primeiramente, o aspecto relativo à fertilização do campo para o acesso à informação, ou seja, os princípios basilares que, decerto, possibilitaram a existência da referida lei de informação nos dias atuais. Foram apontados, assim, os princípios republicano, do Estado Democrático e da transparência como “sementes” que, plantadas séculos atrás, germinaram, impulsionando uma maior reflexão no que concerne à necessária forma de conhecimento das atividades e das despesas realizadas pela Administração Pública.

Posteriormente, como contraponto ao capítulo anterior, foram trazidos aspectos que refream, em certo aspecto, a transparência da Administração Pública da forma como ela vem sendo desenvolvida.

Dessa forma, os princípios da privacidade (intimidade, vida privada) e do sigilo de dados (na sua vertente do sigilo bancário e fiscal) foram apresentados como freios à obrigatoriedade de publicação de toda e qualquer informação referente a ganhos auferidos pelos servidores públicos.

No terceiro capítulo, abordou-se a questão da regulamentação do acesso à informação, que se deu com a Lei n. 12.527/2011 e com o Decreto n. 7.724/2011, delinindo aspectos históricos do referido direito fundamental, bem como demonstrando a extrapolação ocorrida no decreto regulamentar, mais precisamente no que tange à determinação da divulgação das remunerações dos servidores públicos em sítios eletrônicos na internet, uma vez que a referida lei, em nenhum momento, dispôs sobre tal obrigatoriedade.

No capítulo final, foram trazidos, como ponto principal da pesquisa, os posicionamentos de Ronald Dworkin e Robert Alexy, proeminentemente no aspecto de colisões entre princípios constitucionais, destacando-se a diferença entre estes e as regras, ambos espécies do gênero norma. Objetivou-se demonstrar a aparente colisão entre os princípios da transparência – nas vertentes da publicidade e do direito à informação – e o da privacidade (vida privada e intimidade), quando da divulgação dos contracheques dos servidores públicos em sítios eletrônicos oficiais na internet.

Ainda, escorando-se nos ensinamentos de Dworkin e Alexy, intentou-se demonstrar, por meio do princípio da proporcionalidade, uma solução equilibrada ao caso apresentado, perquirindo sobre a possibilidade de divulgação tão somente de dados mais “abertos”, que dariam a possibilidade de conhecimento dos gastos remuneratórios de cada servidor, de forma a preservar a intimidade e o sigilo de dados, e sem prejuízo de efetivação da transparência na Administração Pública.

Portanto, a ideia central é a de que a transparência dos atos públicos é necessária à República, mas sua implementação a qualquer custo, sem observância aos subprincípios da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito, certamente não atende aos princípios orientadores de um Estado Democrático de Direito, pautado na máxima tutela dos direitos fundamentais. O Estado deve ser atento a impedir todas as formas de violação de direitos e garantias fundamentais ou coletivos.

Albert Einstein bradou, no século XX, que viver seria como andar de bicicleta, uma vez que seria necessário estar em constante movimento para se manter o equilíbrio. Ou seja, faz-se oportuna a busca pelo equilíbrio, já que princípios constitucionais, como fora exposto, acham-se em rota de colisão. O equilíbrio é necessário para que continuemos a caminhada rumo ao progresso.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

_____. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. *apud* DANTAS, David Diniz. O sigilo Bancário e o Conflito entre Princípios Constitucionais. In: PIZOLIO Reinaldo (Coord.). **Sigilo Fiscal e Bancário**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

ALMEIDA, Priscila Coelho de Barros. **Liberdade de expressão e liberdade de informação: uma análise sobre suas distinções**. Nov. 2012. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8283. Acesso em 19.jun.2013.

ATALIBA, Geraldo. **República e Constituição**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BASTOS, Celso. **Estudos e Pareceres de Direito Público**. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 1993.

BOBBIO, Norberto *apud* FRANCISCO, José Carlos. **Função Regulamentar e Regulamentos**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

_____. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra ed, 1991.

_____. *apud* SVALOV, Bárbara. O direito à informação e a proteção dos direitos da personalidade. In: GOZZO, Débora (Org.). **Direito de informação e liberdade de expressão**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

CARVALHO, Luis Gustavo G. C. de. **Direito de informação e liberdade de expressão**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. *apud* SVALOV, Bárbara. O direito à informação e a proteção dos direitos da personalidade. In: GOZZO, Débora (Coord.). **Direito de informação e liberdade de expressão**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

CARVALHO FILHO, José Dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 21. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2009.

CARVALHO NETTO, Menelick. Controle de constitucionalidade e democracia. In: MAUÉS, Antônio G. Moreira (Org.). **Constituição e democracia**. São Paulo: Max Limonad, 2001.

CASTRO, Mônica N. A. da S. **Honra, imagem, vida privada e intimidade, em colisão com outros direitos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

CHIAPPINI, Carolina; PEIXOTO, Marcelo Guimarães. Sigilo Bancário e Fiscal no Direito Brasileiro. In: PIZOLIO, Reinaldo (Coord.). **Sigilo Fiscal e Bancário**. São Paulo: Quartier Latin do Brasil. 2005.

COPOLA, Gina. **Jurisprudência comentada: Lei de Acesso à Informação. Publicação de vencimentos de servidores. Responsabilidade civil do Estado**. Nov. 2012. Disponível em: www.acopesp.org.br/artigos/dra.%20gina%20Copola/gina%20artigo%2084.pdf . Acesso em 7.jul.2013.

COSTA, Fábio S. **Estado, Direito e Sociedade**. Perspectivas para uma Teoria Republicana Brasileira. Curitiba: Juruá, 2010.

DAHL, Robert A. **A democracia e seus críticos**. Trad. Patrícia de Freitas Ribeiro. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 14. ed. São Paulo: Atlas S.A.

DONNINI, Oduvaldo & DONNINI, Rogério Ferraz. **Imprensa livre, dano moral, dano à imagem e sua qualificação à luz do novo Código Civil**. São Paulo: Método, 2002.

DOTTI, René Ariel. **Proteção da vida privada e liberdade de informação: possibilidades e limites**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. *apud* DANTAS, David Diniz. O sigilo Bancário e o Conflito entre Princípios Constitucionais. In: PIZOLIO Reinaldo (Coord.). **Sigilo Fiscal e Bancário**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. Princípios Constitucionais e Atividades Jurídico-Administrativa. In LEITE, George Salomão (Org.). **Dos Princípios Constitucionais: Considerações em torno de normas principiológicas da Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2003.

ESSER, Josef. ***Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado***. Barcelona: Bosch, 1961.

_____. *apud* ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de Princípios Constitucionais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo de Direito**. São Paulo: Atlas, 1988.

FRANÇA, Rubens L. **Direitos de personalidade**: coordenadas fundamentais. In: RT567/9, jan. 1983. São Paulo: Revista dos Tribunais.

FRANCISCO, José Carlos. **Função Regulamentar e Regulamentos**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

GEBARA, Gassen Z. Direito à intimidade e direito à informação. Colisão de direitos constitucionais fundamentais? In: SOUZA JÚNIOR, José Geraldo de. (Org.). **Na**

fronteira: conhecimento e práticas jurídicas para a solidariedade emancipatória. Porto Alegre: Síntese, 2003.

GOGLIANO, Daisy. **Direitos privados da personalidade**. Dissertação de mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1982.

GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

GOYARD-FABRE, Simone. **O que é Democracia?** Trad. Cláudia Berlinder. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

HENARES NETO, Halley. Lei de acesso à informação – aspectos relativos ao sigilo fiscal e ao procedimento administrativo tributário. In: **Revista do Advogado**. Ano XXXII, dez. 2012.

HESSE, Konrad *apud* QUEIROZ, Cristina. **Interpretação Constitucional e Poder Judicial** – Sobre a Epistemologia da Construção Constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Trad. Luís Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

_____. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Batista Machado. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1987.

KHAN, Abdul Waheed *apud* MENDEL, Toby. **Liberdade de informação:** um estudo de direito comparado. 2. ed. Brasília: UNESCO, 2009.

LEONARDI, Marcel. **Tutela e privacidade na internet**. São Paulo: Saraiva, 2012.

LORENCINI, Bruno César. O sigilo bancário e fiscal à luz do direito à privacidade e hipóteses de relativização. In: **Revista Tributária e de finanças públicas**. BRITO, Edvaldo Pereira de (Coord.). ano 18, n. 94, set/out 2010. Revista dos Tribunais.

MARRARA, Thiago (Org.). **Princípios de Direito Administrativo**: Legalidade, segurança jurídica, impessoalidade, publicidade, motivação, eficiência, moralidade, razoabilidade, interesse público. São Paulo. Atlas: 2012.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Sigilo bancário**. Disponível em: www.gandramartins.adv.br/project/ivesandra/public/uploads/2013/02/07/f9945e1artigo_141.pdf Acesso em 4.ago.2013.

_____. **Sigilo de dados que devem as autoridades manter sob o risco de responsabilização civil**: Opinião legal. Revista Dialética de Direito Tributário 9/70, jul.1996.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Transparência administrativa: publicidade, motivação e participação popular**. São Paulo: Saraiva, 2004.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios Gerais de Direito Administrativo**. Vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1969.

MELO, Augusto Carlos Cavalcante. O sigilo fiscal e sua “quebra”: análise das previsões legais excepcionantes à luz da Constituição In: **Revista Tributária e de finanças públicas**. BRITO, Edvaldo Pereira de (Coord.). ano 16, n. 82, set/out 2009.

MENDEL, Toby. **Liberdade de informação**: um estudo de direito comparado. 2. ed. Brasília: UNESCO, 2009.

MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do Direito Constitucional**. Trad. Peter Naumann. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

PAES, Eneida Bastos. **O direito de saber: O Acesso à Informação Governamental no Brasil a partir da Constituição de 1988 até a publicação da Lei n. 12.527/2011**. Dissertação de mestrado.

PIERINI, Alicia; LORENCES, Valentín; TORNABENE, María Inés. **Habeas data: derecho a la intimidad**. Buenos Aires: Universidad, 1999.

PROSSER, William L. Privacy. In: **California Law Review**, v. 48, n. 3, aug. 1960.

QUEIROZ, Cristina. **Interpretação Constitucional e Poder Judicial – Sobre a Epistemologia da Construção Constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

RAMOS, Cristina de Melo. **O direito fundamental à intimidade e à vida privada**. Revista de Direito da Unigranrio. vol. 5, n. 1, 2012.

REALE, Miguel *apud* DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 14. ed. São Paulo: Atlas S.A.

RIGOLIN, Ivan Barbosa. **Transparência não é devassa, nem na lei nº 12.527/2.011**. In: Fórum Administrativo de direito público. Ed. Fórum, ago/12.

RODRIGUES, João Gaspar. **Aspectos jurídicos sobre a divulgação de dados remuneratórios de servidores públicos e a nova Lei de Acesso à Informação**. Jusnavegandi, Teresina, ano 17, n. 3281, 25.jun.2012. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/22095> Acesso em 9.mar.2013.

RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. **Constituição e Administração Pública**. Definindo novos contornos à legalidade administrativa e ao Poder Regulamentar. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2012.

SCHÄFER, Jairo Gilberto. **Direitos fundamentais: proteção e restrições**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SERRANO, Vidal. **A proteção constitucional da informação e o direito à crítica jornalística**. São Paulo: FTD, 1997.

STEINMETZ, Wilson Antonio. **Colisão de Direitos Fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Livraria dos Advogados, 2001.

_____. Princípio da proporcionalidade e atos de autonomia privada restritivos de direitos fundamentais. In: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005.

STIGLITZ, J. *apud* MENDEL, Toby. **Liberdade de informação: um estudo de direito comparado**. 2. ed. Brasília: UNESCO, 2009.

SVALOV, Bárbara. O direito à informação e a proteção dos direitos da personalidade. In: GOZZO, Débora (Org.). **Direito de informação e liberdade de expressão**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

VIEIRA, Tatiana Malta. **O direito à privacidade na sociedade da informação: efetividade desse direito fundamental diante dos avanços da tecnologia da informação**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2007.